BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
Racc.
de marinis
C
365
NAPOLI

Digitized by Google

~~650~~
~~771~~
Bau De Marinis C 365

Digitized by Google

RECITATIONES

IN QUINQUAGINTA LIBROS

DIGESTORUM

EX LECTIONIBUS TAM PUBLICIS QUAM PRIVATIS
VARIORUM UNIVERSITATIS LOVANIENSIS PROFESSORUM DEPROMPTAE ET USIBUS BELGII ACCOMODATAE
CUM RELEGATIONE
AD RECITATIONES HEINECCII IN TITULIS DIGESTORUM INSTITUTIONIBUS ANALOGIS.



NEAPOLI
EX TYPOGRAPHIA ANCHORAE
1842

PRAEFATIO

Inter tot tantosque viros, qui digesta juris romani elucubrarunt, miror ne unum quidem extitisse, qui scientiae hujus elementa facili complexus fuerit commentario, et ad faciliorem discentium profectum scite contracta elucidaverit. Ambulabat scilicet interpretum eorum vanitas in magnis, cui minime arridebat labor ille: gloriae unice avidi, tyronum utilitatis immemores, aemulis in sua arte aequandis, superandis, deprimendis, misere insudarunt. Hinc fastidiosus eorum sermo; hinc sententiae velo doctrinae involutae, speciem veritatis primum aspicienti referentes, scrutanti autem sophismatum plenissimos fontes; hinc opiniones communes et saniores paradoxis eversae, hinc obscurarum etymologiae quaestionum et abditorum antiquitatis rituum justo plus affectata et rebus substituta subinsulsa indagatio, quibus toti studiosorum animi plerumque occupati et obstructi, verae et solidae scientiae impervii resistebant. Alios extitisse fateor, qui discentium utilitate potissimum ducti, de elementis digestorum scripserunt quidem, sed ita sublimiter et alte ejus misteria scrutati explicarunt, ut infelici plerumque opera docuerint: non praecaverant scilicet hanc esse hominis ingenii in scientiis discendis naturam, ut a facilioribus ad difficiliora pedetentim progrediatur, nec earum apices attingere possit, quin perdiu circa earum rudimenta adreperit: ita enim fieri notum est in scientiis omnibus, nisi forte in hac nostra jurisprudentia, propter materiam ejus uberrimam aeque ac sublimem, beneficentiorem fore discentibus naturam sibi illi adpromiserint. Sed nec illud providerunt institutores, tyrones suos, quantumcumque in humaniorum litterarum stadio prius latinis sese dediderint, raro pares esse intelligendae latinitati illi quam affectabant, vel tumidae, vel concisae, vel obscurae, unde fieri necessum est, ut brevi studium fastidiant, desperantes ab ipso curriculi ingressu ne metam unquam attingant: versabantur propterea in juvenum manibus pauperculi quidam codicilli nudis definitionibus siccisque ac sensu destitutis divisionibus magis, quam perspicua legum enodatione referti, quos ad verbum ediscentes, non jurisconsulti, sed rabulae in forum prodibant. Quamobrem existimo deesse jurisprudentiae nostrae, atque adeo publicae rei commentarium, qualem illorum elementorum natura, non ambitiosa scilicet exigit, qui aditum ad remotissima difficultatum penetralia facilem sternat, cui rei totus ab annis incumbens collegi undique varia hujus Universitatis Lovaniensis *scripta juris*, ut vocitant, diversis temporibus et a diversis professoribus in praelectionibus cum privatis, tum publicis dictata quae stylo adeo simplici, fluenti ac facili exposita sunt, ut iis etiam qui latina minus intelligunt prosperum studiorum successum, sua ipsa simplicitate adpromittant, spondente insuper experientia eorum quotquot hactenus illa manuscripta religiose evolverunt. Adde quod nullum in hoc opere videas ex iis defectibus (utinam

*

et quibuslibet aliis vacet) quos paulo ante de caeteris scriptoribus commemoravi. Nemo enim jactantius sibi uni operis hujus honorem arrogare ausit, fructum nimirum et laborum et vigiliarum, non unius, sed plurium hujus universitatis doctorum virorum: opus proinde, nec in officina vanitatis cusum, nec monumentum ingenii ambitiose docti, quippe quod non doctis propositum fuerit ab iis quorum debetur studio, unice in alumnorum profectum occupato. Id ipsum jam senserant a saeculo quotquot in hac universitate juris studio praeluserunt alumni, qui auctoribus reliquis et innumeris anteferenda putarunt haec *scripta juris*: ea tamquam ducem certum sequentes omnes experiebantur pares se evadere intelligendis praelectionibus professorum eos inter asperas juris semitas difficilesque ambitus ducentium, quinimo eo usque horum *juris scriptorum* utilitas sentiebatur, ut quisque juris alumnus ea exscriberet, aut exscribenda mandaret; ast quantis incommodis utilitas compensabatur! primum, rudibus adhuc in arte, raro, aut si forte casu, occurrebant inter innumera exemplaria autographa aut cum autographis collata, quae mendis scatentia, lacunis intercisa, contrariis sensibus pugnantia, locis corporis juris perperam citatis fallacia, et periculum studentibus, praeter expensas temporis vel aeris, et taedium exscribentibus afferebant. Inde patere arbitror ad utilitatem juris alumnorum maxime pertinere, ut ea scripta typis mandentur. Illa ab annis, ut dixi, omnia collegi, quaedam contraxi, aliqua elucidavi, nova observationum accessione locupletavi, in hanc denique formam compacta redegi. Verum, cum juri Romano in Belgio nostro vis legis nulla asserta sit, nec nisi usu solo in tribunalibus introductum sit, notum est paucas esse in immensis illis voluminibus materias, quibus tanquam fundamentis substruantur harum regionum res judicatae, hinc recte professores illi *juris scriptorum* auctores solis bis inhaesere materiis; quos et nos in eo imitati, caeteras inter historica potius quam doctrinalia relegavimus; sic tamen ut majori operis hujus utilitati consulentes, digesta juris romani aliquatenus universa attigimus, ita ut e titulis, quos omnes referemus, utiliores fusius, brevissime inutiles explanaturi simus: in illis vero titulis digestorum institutionibus analogis, vel in totum ad Heineccii recitationes juris institutionum commentatorum facile principis, vel pro parte, ea scilicet quae institutionum magis propria est, relegare, ne dicta repetantur, consultum nobis visum sit. Sic opus hoc simplex, perspicuum, facile, optimis subnixum argumentis aeque ac concinnis, elementorum juris limites examussim adaequabit. Cuilibet titulo affigitur rerum, quas complectitur, origo, definitiones, divisiones, axiomata, exceptiones, rationibus suis subnixa omnia et exemplis illustrata. Si qua lex in controversiam vocatur, nodum expediemus manifestius et facilius propositis simpliciter dubitandi et asserendi rationibus, atque omnem quaestionem longis, deviis, argutis et quandoque furiosis discordium auctorum tricis nudabimus. Si qui occurrant casus exotici, aut praeter aut extra juris principia, ad melioris notae auctores curiosos remittemus. Addemus, occasione data, immutationes in jure romano introductas, vel per usum patriarum legum, vel per edicta principum, citabimusque praxeos patriae scriptores, haec utriusque juris collatio mutua juvenibus viam sternit in posterum facilem, ad fructuosum optimorum juris utriusque auctorum studium.

Digitized by Google

RECITATIONES

IN

ELEMENTA JURIS ROMANI

SECUNDUM ORDINEM DIGESTORUM

PARS PRIMA

LIBER PRIMUS

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Titulum hunc repete ex *Heineccii recitationibus lib. I. tit. I.*

TITULUS II.

DE ORIGINE JURIS ET OMNIUM MAGISTRATUUM, ET SUCCESSIONE PRUDENTUM.

Sub hoc titulo traditur historia Juris Romani.

TITULUS III.

DE LEGIBUS, SENATUS-CONSULTIS, ET LONGA CONSUETUDINE.

Repete ex *Heineccii recit. lib. I. tit. II.*

TITULUS IV.

DE CONSTITUTIONIBUS PRINCIPUM.

Repete ex *eodem*.

TITULUS V.

DE STATU HOMINUM.

Repete ex *Heineccii recit. lib. I. tit. III. IV.* et *V.*

TITULUS VI.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Repete ex *Heineccii recit. lib. I. tit. IX.* et *X.*

TITULUS VII.

DE ADOPTIONIBUS ET EMANCIPATIONIBUS, ET ALIIS MODIS QUIBUS POTESTAS SOLVITUR.

Repete ex *Heineccii recit. lib. I. tit. XI.* Notanda hic decisio 69 D. Stockmans, in qua refert adoptiones moribus nostris adhuc admitti et effectus illarum.

TITULUS VIII.

DE DIVISIONE RERUM ET QUALITATE.

Repete ex *Heineccii recit. lib. II. tit.* I.

TITULUS IX.

DE SENATORIBUS.

Senatus Romanus erat consilium publicum, cui jus erat sententiam dicere de re publica. Romulus centum in consilium adhibuit, quos ex auctoritate *patres*, ob aetatem vero *senatum* appellavit. Senatores suprema gerebant munia. Sic honores decernebant, de bello et pace statuebant, causas publicas et privatas cognoscebant etc., sed ex quo principes omnia suo arbitrio agere coeperunt, eviluit illa dignitas.

TITULUS X.

DE OFFICIO CONSULIS.

Pulsis regibus, duo magistratus *consules* dicti creati sunt, ut cum summo imperio reipublicae consulerent, illorum potestas successu temporum sensim imminuta fuit, duravit tamen consulatus dignitas sub Imperatoribus usque ad tempora Leonis Sapientis, qui consulatum omnino sustulit.

TITULUS XI.

DE OFFICIO PRAEFECTI PRAETORIO.

Regnante Augusto, creati fuerunt duo praefecti praetorio, ut praeessent militibus ad custodiam principis selectis; sed postea ita crevit eorum potestas, ut summam post principem adepti fuerint

Digitized by Google

potestatem; porro sub Justiniano quatuor creati sunt, scilicet Orientis, Illyrici, Africae et Italiae. Disciplinam publicam gerebant, sententias ferebant tanta cum auctoritate, ut ab iis appellari non posset, sed supplicatio tantum, seu revisio, a principe postulanda, intra biennium admitteretur.

TITULUS XII.

DE OFFICIO PRAEFECTI URBI.

Praefectus urbi erat magistratus, qui imperium merum, id est jus gladii exercuit intra urbem et centesimum ab urbe lapidem, animadvertebat igitur in facinorosos homines, iique etiam ab aliis magistratibus ad eum remittebantur, tranquillitatem publicam per milites stationarios in urbe dispositos tuebatur, item deportare poterat.

TITULUS XIII.

DE OFFICIO QUAESTORIS.

Quaestores, alii *aerarii* dicebantur, qui pecuniae publicae custodes erant; alii *exercituum*, quoniam exercitum comitabantur, praeerantque tributis et vectigalibus provinciarum exigendis; alii *parricidii*, qui, adempta consulibus judicandi de capite civis Romani potestate, inquirendis maleficiis a populo praeficiebantur; tandem alii *candidati Caesaris* dicebantur, qui epistolis Imperatorum in senatu legendis, rescriptis conficiendis, etc. vacabant.

TITULUS XIV.

DE OFFICIO PRAETORUM.

§ I.

Praetor proprie dictus erat magistratus, qui Romae juridicundo praeerat cum mixto imperio, habebatque potestatem adjuvandi, supplendi, imo per indirectum corrigendi duritiem *legis* XII. *tabb.* Initio unus tantum creatus fuit praetor, urbanus dictus, qui jus inter cives Romanos dicebat, alius postea additus, qui peregrinus dictus fuit, ex eo quod Romae jus diceret inter peregrinos, postmodum, successu temporis alii, et alii creati fuerunt praetores, de quorum numero non constat. In tribus potissimum consistere dicebatur eorum officium, tribus his verbis designatum, *do*, *dico*, *addico*; nempe *dabant* judices pedaneos, tutores etc.; *dicebant* jus; *addicebant* in judiciis divisoriis. Caeterum non gaudebant mero imperio, et si quid animadversione dignum incideret, reos ad praefectum urbi remittere tenebantur.

§ II.

Hic maxime attendenda est *L.* 3 *ff. h. t.* Cujus haec est species. Barbarius Philippus servus a Domino profugus Romae se liberum gerebat, ac praetor creatus fuit, multaque ab ipso edicta et decreta fuerant: comperta dein servili ejus conditione, quaesitum est, an ea quae gesserat tempore praeturae rata manerent? Et responsum est, humanius esse, ut nil eorum quae gesserat reprobaretur. Ratio hujus non fuit communis error populi; siquidem non ex errore, sed ex voluntate et consensu legislatoris jus omne profluat; ratio igitur hujus petenda est, tum ex eo, quod ita postularet utilitas publica, ne scilicet plurima negotia bona fide gesta rescinderentur cum detrimento reipublicae, tum ex eo quod, discusso errore et comperta veritate, populus gesta a Barbario approbaverit.

§ III.

Similes aliquando moribus nostris incidunt quaestiones ad normam hujus legis decidendae, v. g. an gesta a magistratu vel notario putativo valeant? et si magistratus aut notarius creatus fuerit ab iis, qui talem creandi potestatem habent, cum tamen, quominus crearetur, aliquo laboraret impedimento ab ipsis collatoribus, propter errorem communem, ignoto, tali casu rata, quae gesserit, manebunt: non propter errorem communem, sed propter collationem, quam suadente utilitate publica, subsequetur comprobatio eorum apud quos eligendi jus est; sic, cum ad senatus nostrates nemo, nisi in ditionibus Imperatoris oriundi assumi possit, si contingat ex Gallia oriundum ab omnibus pro Brabanto, v. g., aut Montensi haberi, eoque errore ducti electores eum ad senatum admiserint, rata firmaque manebunt ab ipso gesta. Si autem magistratus aut notarius non fuerit creatus ab iis, apud quos ea residet potestas, sed tantum vulgo creditum fuerit eum in magistratuum aut notariorum numerum receptum esse, gesta ab eo infirma erunt, cum communis ille error magistratum aut notarium facere nequiverit.

TITULUS XV.

DE OFFICIO PRAEFECTI VIGILUM.

Praefectus vigilum est magistratus, quem Augustus, pluribus uno die cohortis incendiis, instituit praefecitque septem cohortibus, ut incendiorum pericula averterent; sed eum praefecti vigilum ipsi se furibus nocturnis sociarent, Justinianus, suppresso hoc magistratu, hanc curam praetori populi mandavit.

TITULUS XVI.

DE OFFICIO PROCONSULIS ET LEGATI.

Superioribus titulis de magistratibus urbanis actum est, sub hoc vero et sequentibus agitur de magistratibus provincialibus, pro quibus notandum: Augustum provincias ita cum populo divisisse, ut huic pacatas relinqueret, sibi vero bello turbatas,

Digitized by Google

aut quae regi difficilius esset, reservaret; illae per proconsules, hae vero per praesides (de quibus sub *tit.* XVIII. *ff.*) regebantur. Proconsul itaque erat magistratus in aliquam populi provinciam a senatu missus, ut plenissimam ibidem exerceret potestatem, omniumque magistratuum urbanorum partes ad illos in provincia pertinebant. Hinc voluntariam et contentiosam jurisdictionem exercebant; illam quidem statim ac urbe egressi essent, hanc vero non nisi provinciam ingressi, habebantque merum imperium, proconsulibus legati dabantur, qui vice illorum, quando opus esset, fungerentur; poterant illis demandare jurisdictionem, non tamen merum imperium; unde, si aliquid animadversione dignum incideret, reum ad proconsulem puniendum mittebant.

TITULUS XVII.

DE OFFICIO PRAEFECTI AUGUSTALIS.

Cum in fatis esse diceretur, AEgyptos suam recuperaturos esse libertatem, statim ac in illa provincia fasces Romani visi essent (fasces erant insignia proconsulum), hac superstitione, non ausi sunt Romani proconsulem in AEgyptiam mittere, sed loco hujus mittebant praefectum augustalem, nullis quidem fascibus, sed imperio vere proconsulari instructum.

TITULUS XVIII.

DE OFFICIO PRAESIDIS.

Praeses provinciae dicebatur qui in principis provinciam regendam mittebatur, eodem gaudebat imperio ac proconsul, cum hac tamen differentia, quod jurisdictionem voluntariam tantum exercere posset, quando provinciam suam esset ingressus, ubi proconsul eam exercebat statim ac urbe Roma egressus esset. Major tamen in eo erat potestas praesidum, quam proconsulum, quod legiones ducerent et exercitibus vice principis praeessent. Mirum videbitur praesides, qui habebant merum imperium, non potuisse deportare, quod ita forte constitutum est, quod deportatio personis egregiis irrogaretur, ubi viliores ultimo supplicio afficerentur.

TITULUS XIX.

DE OFFICIO PROCURATORIS CAESARIS VEL RATIONALIS.

Procuratores Caesaris duorum erant generum; alii res Principum fiscales gerebant in provinciis; alii vice praesidum, eademque auctoritate provincias minores gubernabant, qualis fuit Pontius Pilatus in Judaea.

TITULUS XX.

DE OFFICIO JURIDICI.

Juridici dicebantur qui certo terrae tractui juris dicendi causa praefecti erant; omnium celeberrimus fuit juridicus Alexandriae in AEgyptiam missus, ut impediret ne praefectus augustalis aliquid novi moliri auderet in ea provincia, ex qua frumentum fere omne et melior annonae pars Romam advehebatur.

TITULUS XXI.

DE OFFICIO EJUS CUI MANDATA EST JURISDICTIO.

Magistratuum, de quibus jam actum est, propria erat jurisdictio; sub hoc titulo autem agitur de jurisdictione mandata, de qua commodius agetur *lib. II. tit. I.*

TITULUS XXII.

DE OFFICIO ADSESSORUM.

Cum magistratus Romani arma magis, quam jura noscerent, adhibebant jurisconsultos seu adsessores, qui eos adjuvabant in causarum decisionibus, etc.

LIBER SECUNDUS

TITULUS I.

DE JURISDICTIONE.

Cum hactenus de magistratibus egerint pandectarum ordinatores, proximum est, ut agant de eorum jurisdictione. Materiam hanc in octo partes distribuemus.

§ I. Definitio *jurisdictionis.*
§ II. Quomodo acquiratur *jurisdictio.*
§ III. De divisione ejus in *ordinariam et extraordinariam.*
§ IV. De ejusdem divisione in *voluntariam et contentiosam.*
§ V. et VI. De altera divisione in *propriam, mandatam, et prorogatam.*
§ VII. Quomodo finitur jurisdictio.
§ VIII. De imperio.

§ I.

Verbum *jurisdictio* secundum vocis etymologiam latissime patet; significat enim omnem potestatem aliquid decernendi sive in publicis, sive in privatis, sive in civilibus, sive in criminalibus negotiis, in qua significatione sub se etiam comprehendit jus leges condendi, quod supremae in republica potestati proprium est; ast usu Romanorum valde restricta est ejus significatio; stilo enim eorum, legis ferendae potestas, item judicium de causis criminalibus nunquam veniunt nomine jurisdictionis, sed nomine imperii.

Cujacius definit *jurisdictionem*, quod sit notio jure magistratus competens: verum haec definitio sub se tantum complectitur jurisdictionem ordina-

Digitized by Google

riam, et proinde, cum jurisdictio extraordinaria recte etiam vocetur jurisdictio, haec Cujacii definitio non convenit omni definito; hinc praefertur descriptio Vinnii, quod *sit potestas in causa civili jurisdicundi publice data aut permissa*. Dicitur 1.° *in causa civili*, ut distinguatur jurisdictio a mero imperio; est quidem illi, qui merum exercet imperium, potestas jurisdicundi in causa criminali, sed haec de jure romano jurisdictionis nomine non venit, et jurisdictioni perpetuo opponitur. 2.° *Jurisdicundi*, ut excludatur notio judicum pedaneorum, qui quidem judicabant, sed jus non dicebant, nempe demandabatur tantum ipsis a magistratu discussio quaestionis facti, et in casu quo de facto constiterit, accipiebant ab eodem formulam, juxta quam pronuntiare debebant, nec sententiam quam tulerant executioni mandare poterant; unde ministerium potius industriae suae magistratui praestabant, quam jus dicerent, illudque ministerium *notio* vocabatur. 3.° *Publice data*, quia omnis jurisdictio a suprema potestate emanat, quibus verbis a jurisdictione excluditur potestas arbitrorum, quae ex compromisso seu mutuo consensu partium circa terminandas lites eis competit: 4.° *aut permissa*, ut definitio sub se comprehendat jurisdictionem mandatam, quae non a suprema potestate, sed a magistratu defertur.

§ II.

Jure Romano sicuti et moribus, tantum a lege vel a principe acquiri potest jurisdictio, verum jure quo utimur datur alia species jurisdictionis Romanis incognita, quae *patrimonialis* dicitur, et quam quis habet jure quodam patrimonii; v. g. cum castro cui annexa est. Insignis est differentia hanc inter et non patrimonialem; nimirum patrimonialis realis est, estque in commercio, potest vendi, alienari, transit ad haeredes, recipit divisionem cum fundo cui annexa est, acquiri et amitti potest praescriptione, sicuti aliae res quae sunt in commercio, quae omnia aliena sunt a jurisdictione non patrimoniali, utpote quae nihil aliud est, quam functio quaedam personalis.

§ III.

Jurisdictio dividitur: 1°. in *ordinariam* et *extraordinariam: ordinaria* est quae alicui competit jure magistratus ac more majorum: *extraordinaria* vero est illa, quae speciali lege, senatusconsulto, aut principis edicto ex post facto obvenit, scilicet, ea comprehenduntur sub ordinaria jurisdictione, ad quorum expeditionem magistratus in sua creatione institutus fuit: ea vero, quae ex postfacto speciali lege, aut jussu principis magistratui jam creato commissa sunt, jurisdictioni extraordinariae adscribuntur: hinc cum praetor primitus creatus sit ad terminanda jurgia inter cives orta, ea, respectu ejus, ordinariae sunt jurisdictionis; e contra quia praeturae ab initio jus annexum non fuit dandi tutores, sed postea hoc ipsi lege Atilia delatum sit, datio tutoris est jurisdictionis extraordinariae (*L.* 8 *princ. ff. de tut. dan.*), item interpositio decreti super transactione alimentorum testamento relictorum (*L.* 8 *princ. ff. de transact.*), cognitio super alienatione praediorum minoris (*L.* 1 *ff. de reb. eorum etc.*). Differt jurisdictio ordinaria ab extraordinaria, quod illa, non haec demandari possit (*L.* 1 *et* 2 *ff. de officio ejus cui mand. est jurisd.*). Cujus haec videtur fuisse ratio, quod jure consuetudinario Romanorum concessum esset magistratibus munere suo per alios fungi, cumque licentia illa strictissimae esset interpretationis, restricta fuit ad subjectam materiam, seu ad causas, ad quas creabatur ab initio, cum exorbitans videretur magistratum posse alteri suam potestatem communicare.

§ IV.

Dividitur 2°. in *voluntariam et contentiosam: voluntaria* est quae inter volentes, *contentiosa* quae inter contradicentes exercetur: ad illam pertinent adoptiones, manumissiones, emancipationes; ad hanc lites seu actiones, et quae sunt loco actionum, ut sunt missiones in possessionem, stipulationes praetoriae, etc. Differunt, quod voluntaria omni loco et tempore exerceri possit (*L.* 2 *ff. de officio praet.*), contentiosa vero tantum exerceri possit in territorio jus dicentis die non feriato, sed tempore quo judex sedet pro tribunali (*L. ult. ff. h. t.*); a qua tamen regula merito excipies actus voluntariae jurisdictionis, qui specialem causae cognitionem et decretum magistratus desiderant, quales sunt transactio super alimentis testamento relictis, alienatio rerum minoris, quae decreta desiderant: scilicet alii sunt actus jurisdictionis voluntariae, qui de plano procedunt ex sola magistratuum auctoritate, alii discussionem quamdam exigunt; priores omni loco et tempore geruntur, posteriores tantum in territorio jus dicentis, et eo tempore quo judex pro tribunali sedet.

§ V.

Dividitur 3.° in *propriam, mandatam*, et *prorogatam*: *propria*, est quae alicui competit jure magistratus, quia principaliter ei a lege datur (*L.* 6 *ff. h. t.*): *mandata* seu delegata est, quam quis exercet nomine alieno, scilicet mandantis; etenim jurisdictionem mandare nihil aliud est, quam jurisdictionis propriae alteri committere exercitium; unde delegatus non est magistratus, sed nudus jurisdictionis alienae vicarius (*L.* 1 § 1, *L.* 3 *ff. de offic. ejus cui mand. etc.*). Iurisdictionem demanda-

ri posse constat ex *LL.cit.*; verum non omnes jurisdictionem delegare possunt, sed ii tantum qui propriam habent (*L.* 5 *ff. h.t.*), non autem ii qui habent demandatam (*L. ult. ff. de offic. ejus cui mand. etc.*). Differt delegatus a judice pedaneo, quod illi committatur ut jurisdictionem omnimode exerceat, huic tantum mandatur ut de facti quaestione cognoscat; unde delegatus sententiam per se ipsum executioni mandare potest, imo jubere, ut alius de facti specie cognoscat, seu judicem pedaneum dare, quod nullatenus est in potestate judicis pedanei: rursus in eo patet differentia delegati a judice pedaneo; nam licet delegatus possit judicem pedaneum dare, non potest tamen subdelegare, nisi sit delegatus principis aut pontificis (*L.* 2 *ff. h. t.*, *L.* 12 § 1 *de judiciis*): caeterum non omnia mandari possunt, quae sunt jurisdictionis in genere acceptae, sed ea tantum quae sunt jurisdictionis ordinariae, non autem ea quae sunt jurisdictionis extraordinariae (*L.* 2 *ff. de offic. ejus cui mand etc.*). Itaque demandata generatim jurisdictione transeunt ea, quae sunt jurisdictionis ordinariae, minime vero quae jurisdictionis extraordinariae, cujusmodi sunt tutoris datio, interpositio decreti super transactione de alimentis testamento relictis etc.: nec obstat quod legatus proconsulis, mandata ei jurisdictione, tutorem dare possit (*L.* 13 *ff. h. t. penul. de off. procons.*); hoc enim non fit ob demandatam a proconsule jurisdictionem, sed quia id specialiter ei concessum est oratione divi Marci (*L.* 1 §. 1 *ff.* 1. *de tut. dand.*) Mandari porro jurisdictio potest iis omnibus qui et judices dari possunt, non autem omnes judices dari possunt, inquit Paulus in *L.* 12 § 2 *ff. de judiciis*; quidam enim lege impediuntur, ut qui senatu motus est, quidam moribus, ut foeminae et servi, quidam natura, ut surdus, mutus et amens, etc.

§ VI.

Jurisdictio prorogata describi potest quod sit *jurisdictio extra suos fines, privatorum consensu expresso vel tacito, producta*; privati ergo hanc jurisdictionem quodammodo tribuunt, non tamen sine legis confirmatione, a qua sola omnis jurisdictio derivat. Ad prorogationem igitur, Jure Romano, solus partium consensus requiritur, non etiam judicis eorum ordinarii, imo nec ejus, cujus jurisdictio prorogatur (*L.* 2 § 1 *ff. de judiciis*): caeterum non tenetur is invitus jus dicere, id est valet prorogatio sine consensu ejus, cujus jurisdictio prorogatur, hoc sensu, quod obliget partes quae consenserunt, non vero hoc, quasi judex, cujus officium imploratur, jus dicere obligetur; unde si ponamus, quod jus dixerit is qui credebat se jus dicere inter suo tribunali subjectos, quantumvis talis non cogitasset quidem de prorogatione, judicium tamen validum erit. Dixi in descriptione 1.° *jurisdictio*, id est quod non possit fieri prorogatio, nisi illius qui jam habet jurisdictionem; privatorum consensus enim judicem non facit eum qui nulli judicio praeest, nec quod is statuit rei judicatae continet auctoritatem (*L.* 3 *cod. h. t.*): 2.° *Consensu*, quia omnino consensus prorogantis requiritur; unde si per errorem alius pro alio praetore fuerit aditus, nil valebit quod actum erit, nec ferendus est qui dicet consensisse eum in praetorem, cum non consentiant qui errant; nil enim consensui tam contrarium est quam error (*L.* 15 *ff. h. t.*): 3°. *Expresso vel tacito*, id est vel expressa conventione, vel tacite, nempe re ipsa et facto, ut si quis alicujus judicis jurisdictioni subjectus patiatur se conveniri apud alium judicem, ibique vocatus litem contestetur (*L.*52 *ff. de judiciis*); hoc enim facto satis intelligitur ejus in judicem, quem sciebat alienum, consensus; unde frustra postea opponere vellet exceptionem fori declinatoriam: 4.° *Producta*; simplex enim conventio non videtur sufficere ad prorogandam alicujus jurisdictionem, sed insuper requiritur ut judex aditus fuerit (*L.* 18 *ff. h.t.*). Caeterum recusans stare huic conventioni, ad id quod alterius interest, vel ad poenam, si qua stipulata sit, tenebitur; aliud foret, si quis gaudens foro privilegiato pactus fuerit se non usurum exceptione declinatoria casu, quo ad judicem ordinarium provocaretur; is enim omnino huic pactioni stare tenetur, cum quisque suo favori renuntiare possit. Itaque quando vel ex facto, vel ex conventione aditus est judex, tunc demum prorogatio facta est, cujus effectus erit, ut judex aditus tantum juris habeat in litigantes, quantum haberet, si ordinario jure ei subjacerent. Verum hic duae resolvendae sunt quaestiones: prima est, quid si alter litigantium extra territorium judicis prorogati degat, an poterit judex eum ad suum tribunal citare? Neg. quia litigantes illud ipsi per suam conventionem concedere non poterant; etenim citationis necessitas a jurisdictione proficiscitur, cujus actus in alieno territorio exerceri non potest. Altera est, an talis judex sententiam a se latam executioni mandare possit? Et distinguendum est, an jurisdictio prorogata sit in eum, in cujus territorio residet reus, an vero reus alibi resideat: in priori casu poterit suam sententiam exequi, in posteriori distinguendum, utrum reus bona sita habeat in territorio judicis prorogati, an non: primo casu in illa bona poterit fieri executio, secundo casu nullum supererit remedium, quam ut executio procedat per requisitionem judicis, qui condemnatum in potestate habet. Jam videamus an jurisdictio mandata prorogari possit? et si universa jurisdictio demandata sit, prorogari potest, et hoc ipsum est, quod vult Ulpianus in *L.* 1 *ff. de judiciis*: si vero quis ad aliquam aut particulares causas delegatus sit, prorogari non potest illius jurisdictio. Ratio differentiae est, quod cui universa jurisdictio man-

Digitized by Google

data est, is in omnibus ipsum delegantem repraesentet, adeo sicut mandantis, sic delegati debeat posse jurisdictio prorogari; ast cui tantum delegatae suot certae quaedam causae, is finessui mandati transiliret jus dicendo de causa prorogata, quae ipsi nullatenus a magistratu commissa est.

Jurisdictio circuoiscribitur quatuor modis, nempe *loco*, *tempore*, *rebus*, *et personis*. *Loco*, hoc est territorio jus dicentis: *tempore*, ad quod v. g. magistratus creatus est, ut plures Romae dabantur, cujus imperium tantum annale esset: *personis*, sic senatus Brabantiae, licet ejus jurisdictio per totam se extendat Brabantiam, nou est tamen judex immediatus civium Lovaniensium: *rebus* seu quantitate, ut dum judex tantum habet potestatem in causis, quarum objectum non excedit valorem mille florenorum; tales fuisse plures magistratus municipales evincit *L.* 23 *ff. ad municip. de incolis.* An ergo totidem modis potest prorogari jurisdictio? Minime; etenim de *loco ad locum* fieri nequit. Sic judex Lovanieosis noo potest cognoscere et judicare Namurci, quia extra territorium judex est privata persona, nec adversatur *cap.* II. § *in nullo de rescript. in*6.°; nam ibi agitur de legatu Pontificis, quem tamquam delegatum principis Ecclesiae constat in toto orbe Christiano jus dicere posse, nec etiam obstat quod jurisdictio voluntaria extra territorium exerceri possit; etenim illa exercetur inter volentes, nec indiget citatione, nec executione; neque etiam prorogari potest jurisdictio *de tempore ad tempus*, sic magistratus, cujus officium annale est, finito anno, inter consentientes jus dicere nequit, quia finito tempore etiam est persona privata. Obstare videtur *L.* 2 § 2 *ff. de judiciis*, in qua Ulpianus ait, judicis ad certum tempus dati posse litigantes tempus prorogare, si intra tempus sibi assignatum litem non diremerit. Ast Ulpianus in illa lege non agit de prorogatione proprie dicta, sed de casu, que in favorem partium magistratus judici pedaneo injunxerat ut intra certum tempus, puta mensem, litem dirimeret: cumque hic tempus illud elabi permiserit, litigantes, qui forte judicem huoc omni alteri praeferebant, ut eum retinerent, tempus prorogaverunt, seu potius favori, quem magistratus pro se introduxerat, renuntiaverunt, quod nullateous includit prorogationem proprie dictam. Prorogatio autem *de persona ad personam* fieri potest (*L.* 1 *ff. de judiciis*); *de re ad rem* autem prorogari posse jurisdictioocm constat ex *L.* 74 § 1 *ff. de judiciis*, v. g. jurisdictio judicis, qui tantum potest cogooscere de 300 florenis, prorogari potest ad 1000 et ultra; sed notandum prorogationem hanc tantum fieri posse de quantitate ad quaotitatem, non vero de genere causarum ad aliud genus, v. g. jurisdictio ejus, qui civilibus tantum causis praeest, de criminalibus ex prorogatiooe cognoscere non potest (*L.* 1 *cod. ubi caus. fisc.*), et vice versa (*L.* 6 § 1 *de judiciis*); sic etiam qui tutelaribus causis praepositus est, alterius generis causas cognoscere nequit, sicuti cogooscere nequit de allodialibus qui feudalibus tantum causis praepooitur etc. Hic maxime attendenda est decisio consilii Brabantiae relata a Wynants *decis.* 35.

Huc spectat *L.* 11 *ff. h. t.* in princ. legis. Quaerit J. C. quid si apud judicem, qui tantum potest cognoscere de summa 600 flor., ego coram eodem egerim duabus actiooibus distinctis, quarum utraque est 400 flor., sicque singula est iofra jurisdictionem judicis, sed simul sumptae eandem excedunt, ao judex recte de iisdem cognoscat sine prorogatinne? et respondet affirm. quia hic sunt duae distioctae causae, et tot erunt judicia quot fueruot actiones, et sic noo excedunt potestatem judicis; in § 1 ejusdem L. proponit alium casum, et quaerit quid si coram tali judice Titium convenirem ad 400, et is me reconveniret ad 800, an judex de utraque causa, id est conventionis, et recooventioois cogooscere posset sine prorogatiooe? et decidit eum posse, addita ratione, ne in potestate calumoiosa adversarii mei sit, ao apud illum judicem litigare possem; scilicet ubi ego peterem ab ipso certam summam, quae esset infra jurisdictionem illius judicis, ille me reconvenire semper posset ad majorem quantitatem, sicque impedire quominus coram illo judice litigare possem. Prosequitur J. C. in § 2, et quaerit, quid si fundus forte valens 900 florenos communis sit inter me et Titium; ao tali casu actionem communi dividundo iostituere possem coram tali judice? et decidit me non posse, et sane; quia hoc ipso totus fundus in judicium deducitur, ac potestati judicis subjicitur, ut prohat *L.* 1 *ff. communi dividundo;* judex enim super hac re cognoscens de toto fundo cognoscere debet, scilicet de bonitate et quantitate, quin imo totum fundum uni potest adjudicare, hunc condemnando in partem aestimationis alteri praestandam, et sic hoc excederet potestatem judicis.

Objici potest quod, si quis partem dimidiam ejus fundi vindicasset coram tali judice, actio recte fuisset intentata; atqui in casu non petit totum fuodum, sed tantum partem ejusdem; ergo etc. ℟. Ratio est, quod ubi quis petit partem dimidiam pro indiviso, judex de toto fundo eognoscere non debeat, sed tantum de jure partis petitae: cum autem totus fundus taotum valeat 900, dimidia tantum valebit 450, et sic hoc erit iofra jurisdictionem judicis; sed quando quis agit actione communi dividundo, ratione partis iodivisae quam in eo fundo habet, judex de toto fundo eognoscere debet. Objicitur etiam *L.* 19 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur, *quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur;* atqui actor hic non petit totum, sed partem dimidiam, quae est infra judicis jurisdictionem; ergo etc. ℟. In illa *L.* agit J.C. de casu quo quis certae summae de-

bitae partem petit, quo casu non tota summa, sed tantum ea quae petitur in judicium deducitur, et de hac sola judex cognoscit; sed in casu nostro de toto fundo judex cognoscere debet, ut rectam divisionem instituat.

§ VII.

Finitur 1.° jurisdictio per mortem magistratus: 2.° remotione facta ab eo, qui jus removendi habet; apud nos tamen removeri magistratus non potest, nisi justa causa interveniente, quia remotio illa ignominiam aliquam habet sibi adjunctam: 3.° abdicatione, quae tamen recepta sit oportet ab eo, qui jurisdictionem tribuit: 4.° amittitur tempore elapso, ad quod jurisdictio fuerat concessa, quod apud Romanos frequens erat, cum plerique magistratus annales essent. Ast non amittitur jurisdictio per mortem principis, qui eam concessit, quia eam tribuit vi supremae majestatis, quae per ejus mortem non extinguitur, sed perdurat in re publica, vel ejus successore. Demandata vero jurisdictio morte mandantis expirat, si mandatarius gerere needum coeperit, sicuti etiam expirat revocatione.

§ VIII.

In *L. 3 ff. h. t.* docet Ulpianus imperium aut *merum* esse, aut *mixtum*: *merum* est gravior animadversio et coercitio, seu jus gladii ad animadvertendum in facinorosos homines: gladii potestatem hic memorat J. C. per modum exempli; nam subsisteret merum imperium, etsi quis non haberet jus gladio vitam adimendi, sed alio eruciatu; imo etsi quis non haberet jus vitae et necis, sed insignis alterius coercitionis, veluti jus fustigandi, stigma inurendi; unde si huic definitioni addideris, *aut alterius cujusvis gravioris coercitionis*, perfectior erit definitio, unde etiam tot gradus meri imperii merito statuuntur, quot sunt poenarum genera (*L. 28 ff. de poenis*). *Mixtum* imperium est modica coercitio jure magistratus competens, qua judex jurisdictionem suam tuetur et explicat, et sine qua vana et derisoria foret jurisdictio; igitur si potestatem magistratui competentem consideres, erit idem jurisdictio et imperium mixtum, quia utrumque conjunctim semper a magistratu possidetur; sunt tamen duo per se diversa, et potest considerari jurisdictio absque imperio mero, et e contra potest considerari merum imperium absque jurisdictione; unde quaedam dicuntur imperii magis esse, quam jurisdictionis: v. g. eum damni infecti cavere jubet, in possessionem mittit, restituit in integrum; contra quaedam dicuntur magis jurisdictionis esse, quam imperii, ut dum causa cognita fert sententiam. Sed an sicuti jurisdictioni necessario inest mixtum imperium, ita etiam imperio mero inest jurisdictio? affirm. Jurisdictio enim indissolubili nexu huic cohaeret imperio, cum impossibile esset, ut quis reos condemnet sine causae cognitione. Notari hic debet, merum imperium mandari non posse, quia ex speciali legis concessione competit: excipiuntur casus absentiae necessariae aut morbi, ast mandata jurisdictione etiam transit mixtum imperium, quia jure ordinario competit.

TITULUS II.

QUOD QUISQUE JURIS IN ALTERUM STATUERIT UT IPSE EODEM JURE UTATUR.

Cum praetores tempore praeturae suae saepe mutarent edicta, novaque jura statuerent, vel gratia, vel odio erga aliquos, vel etiam pretio corrupti, huic iniquitati ut obviam iretur constitutum fuit, ut magistratus qui quid novi statuerit, et is qui apud magistratum aliquid novi juris obtinuerit, in similibus causis eodem jure tenerentur. Ast cum magistratus nostri jus novum statuere nequeant, patet hujus edicti hodie nullum esse usum.

TITULUS III.

SI QUIS JUS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

Sub hoc titulo prodita est actio contra illos qui sententiae non obtemperant; haec actio tendit ad hoc ut praeter rem in judicium deductam, etiam ejusdem aestimatio praestetur. Hodie armata manu judex suas sententias exequitur.

TITULUS IV.

DE IN JUS VOCANDO.

In jus vocatio est adversarii ad eum qui jurisdictioni praeest, juris experiundi causa citatio. Olim quilibet debitorem suum sibi obvium in jus vocare poterat, non impetrata a magistratu venia, et si venire nollet, eum invitum obtorto collo ad tribunal rapere poterat: verum posterioribus temporibus invaluit ut, dato per apparitorem libello, in jus vocatio fieret; caeterum ut sciatur quid in Belgio obtineat, videatur praescriptum processus judiciarii cujuslibet curiae.

TITULUS V.

SI QUIS IN JUS VOCATUS NON IERIT, SIVE QUIS EUM VOCAVERIT, QUEM EX EDICTO NON DEBUERIT.

Sub hoc titulo duo traduntur edicta: primo statuitur poena arbitraria contra illos, qui in jus vocati non iverint: secundo contra eos, qui citari non possunt, si citentur, comparere non debent; tales erant magistratus qui imperium habebant, pontifices dum sacra peragunt, qui ducit familiare funus etc., parentes autem et patroni sine venia praetoris in jus vocari non poterant: quae omnia exoleverunt, interim notandum universitatibus, col-

legiis et similibus corporibus prohibitum esse litigaro, nisi obtenta senatus licentia.

TITULUS VI.

IN JUS VOCATI UT EANT, VEL SATIS AUT CAUTUM DENT.

Qui in jus vocabatur necesse non habebat statim ire, modo per cautionem vel fidejussorem caveret se exhibiturum.

TITULUS VII.

NE QUIS EUM, QUI IN JUS VOCABITUR, VI EXIMAT.

Qui in jus vocatum vi eximebat tenebatur in id, quanti res, de qua lis erat, ab actore fuisset aestimata, sive justa sive injusta fuisset ejus petitio, quia praetor in hoc edicto non intuetur jus actoris, sed factum eximentis coërcet.

TITULUS VIII.

QUI SATISDARE COGANTUR, VEL JURATO PROMITTANT, VEL SUAE PROMISSIONI COMMITTANTUR.

Qui vocatus in jus vocantem nolebat sequi, judicio sisti cavere debebat: cautio autem varia erat pro varia personarum qualitate, puta repromissio, cautio juratoria, et satisdatio: nuda repromissione cavebant ii qui bona immobilia possidebant, cautione juratoria personae illustres, caeteri cogebantur satisdare, id est daro fidejussores idoneos.

TITULUS IX.

SI EX NOXALI CAUSA AGATUR QUEMADMODUM CAVEATUR.

Cum dominus propter servi sui noxam, in judicium vocatus, posset servum alienare in doriorem ant potentiorem adversarium, eumque noxa caput sequeretur, liberabotur dominus ab actione noxali, servo alienato; unde satisdationes, de quibus superiori titulo egimus, sufficere non videbantur, et ideo praetor edixit, ut dominus nomino servi conventus caveret se eum exhibiturum in eadem causa in qua erat, cum judicium acciperetur.

TITULUS X.

DE EO PER QUEM FACTUM EST, QUOMINUS QUIS IN JUDICIO SISTAT.

Sub tit. VII. hujus libri actum est de iis, qui in jus vocatum vi eximebant, sub hoc vero agitur de iis qui dolo malo efficiunt, quominus sistat is qui jam satisdederat judicio sisti, et condemnantur ad id quanti interesset actoris.

TITULUS XI.

SI QUIS CAUTIONIBUS IN JUDICIO SISTENDI CAUSA FACTIS NON OBTEMPERAVERIT.

Contra illos qui vadimonium deferunt, hoc est qui cautione interposita sese non sistunt, constitutum est, ut actor mitti possit in possessionem bonorum rei.

TITULUS XII.

DE FERIIS, DILATIONIBUS, ET DIVERSIS TEMPORIBUS.

Titulum hunc disce ex proescripto processus judiciarii cujuslibet curiae.

TITULUS XIII.

DE EDENDO.

§ I. Quid sit edere et quomodo edatur.
§ II. Quae continere debeat libellus.
§ III. Quotuplex sit causa petendi.
§ IV. An in eo implorari debeat officium judicis.
§ V. Quid si reus opponat exceptionem libelli obscuri.
§ VI. An ante litis contestationem, an etiam post litem contestatam emendari aut mutari possit libellus.
§ VII. Quid si intentio actoris clare expressa, ambigua tamen fuerit, reus autem non opposuerit exceptionem libelli obscuri, contra quem debebit fieri interpretatio.
§ VIII. Quid est editio instrumenti, a quo fieri debeat, et quid moribus.

§ I.

Edere est in scriptis tradere, vel alio modo adversorio patefacere actionem, vel instrumentum: ex qua definitione patet, duplicem esse editionem, videlicet actionis, et instrumenti: editio actionis est futurae litis demonstratio, ut adversarius deliberet, utrum eedere, an contendere velit, et si contendendum putet, veniat instructus cognita causa, qua convenitur (*L. 1 princ. ff. h.t.*). Demonstratio illa, ut in § 1 *ejusd. L.* apparet, fiebat vel scripturam adversae parti tradendo, vel copiam describendi faciendo, vel dictando, quin et is quoque edore dicebatur, qui producebat adversarium ad album, et demonstrabat quid dicturus esset, hoc est ad matriculam praetoris adversariam partem ducebat, et ei ostendebat actionem, qua acturus esset: imo etiam si adversarium non duceret ad album praetoris, sed simpliciter ipsi diceret genus actionis, qua eum pulsaturus erat (*d.* §1), sed cum ordinarie et maxime jure novo actio edatur in scriptis seu per libellum, ideo de illo tantum agemus.

§ II.

Libellus est scriptura *brevis et clara* continens intentionem actoris. *Clara*, quia alias reus non commodo deliberare posset, contendere, an eedere velit; quid antem continere debeat libellus, ut clarus dicatur, hoc versiculo comprehenditur: *quis, quid, coram quo, quo jure petatur, et a quo:* in primis manifestum est, libellum debere continere nomen actoris, item rei; nemo enim respondere potest, nisi sciat an et a quo petatur: sed neque oportet eum ignorare quid petatur; unde debet determinate exprimi res, ratione cujus reus conve-

nitur, et proinde non valet libellus alternativus, v. g. si a te petam Stichum vel Pamphilum, nisi tamen ipsa obligatio esset alternativa, ut si revera promissus esset alternative Stichus vel Pamphilus; unde patet principium illud hoc § traditum *libellum non posse esse alternativum* pati exceptiones, uti etiam quod dictum est, non posse esse *genericum*. Quid enim, si Titius mihi promiserit hominem in genere, numquid clarum est posse me generice hominem a Titio petere? Utcumque tamen exceptiones reperiamus, nihilominus pro regula generali tenendum est, rem quae petitur debere esse determinatam et clare designatam, ne videlicet reus in incerto haereat.

§ III.

Ob eandem rationem necesse est, ut in libello exprimatur causa petendi: porro causa petendi duplex est, tum in actione reali, tum personali, scilicet proxima et remota: in actione reali, proxima est dominium, remota, titulus seu causa acquisiti dominii, in personali vero causa proxima est obligatio, remota, aliquis contractus vel quasi-contractus, aliquod delictum vel quasi-delictum. In actione reali satis est in libello inseruisse causam proximam, in personali autem debet exprimi remota, nec sufficit dicere rem quae petitur deberi ex contractu vel quasi etc.: sed debet diserte referri species contractus etc.; quia editio sic ab actore fieri debet, ut reus intelligat qua actione pulsetur et consequenter an cedere, vel litigare sibi expediat: porro dum actor dicit se dominum, reus satis intelligit se conveniri rei vindicatione, at in actione personali, si dicat actor simpliciter adversarium sibi esse obligatum, reus per hoc nequaquam intelliget qua actione conveniatur, si quidem res ex pluribus causis nobis deberi possit: rectius tamen fecerit actor, si in actione reali causam quoque remotam libello inseruerit, tunc illa quidem in individuo ab actore erit probanda, verum si succubuerit, nihil vetat quominus eamdem rem rursus ex alia causa petat sine metu exceptionis rei judicatae, quia alia causa aliud judicium facit (*L.* 2 § 2 *ff. de except. rei jud.*): si vero generaliter actum sit, sola dominii causa expressa, tunc si per sententiam succubuerit, et rursus eamdem rem ex quavis alia causa petere velit, obstabit ei exceptio rei judicatae (*L.* 14 § 2 *ff. de except. rei jud.*), quia generaliter judicatum fuit rem quam petebat ipsius non esse, quandoquidem sententia libello semper conformis esse debeat. Ex his, quae paullo ante diximus, colligi potest, opus non esse conceptis verbis, ipsum actionis nomen in libello exprimere; jure enim novo formulae actionum radicitus abolitae sunt (*L.* 1 *cod. de form. et imp. act. sub.*), sufficitque si reus clare intelligat qua actione pulsetur; hoc autem satis intelligere potest ex causa petendi libello inserta, ut supervacuum sit actionis intentatae nomen in terminis adjicere.

§. IV.

Tandem libellus complecti debet nomen judicis, coram quo reus convenitur, et quidem debet actor ita suum libellum finire, ut imploret officium judicis circa rem in judicium deductam: quoniam non potest officium suum impertiri nisi rogatus, nec aliter sententiam ferre, quam conformiter ad id quod a se petitum est: ex his colligi potest quam circumspectus debeat esse actor in formanda libelli conclusione, quae lapis angularis judicii jure merito appellatur.

§ V.

Quod si ea, quae libellus continere debet, non adsint, reus opponere potest exceptionem obscuri et inepti libelli, cujus hic erit effectus, ut actor expensas hactenus factas solvere teneatur, salva tamen potestate libellum in posterum rectius concipiendi et denuo praesentandi: si vero reus hanc exceptionem non opposuerit, nihilominus quoad durabit lis, semper actori liberum est sive libellum emendare, hoc est aliquam tollere obscuritatem, sive illum immutare, quod duobus contingit modis: scilicet si res alia pro alia petatur, aut si id quod petitum erat ex una causa, jam petatur ex alia, modo tamen omnia fiant, *prout edicti perpetui monet auctoritas vel jus reddentis decernit aequitas*, quae sunt verba *L.* 3 *cod. h. t*; edicti nempe perpetui auctoritas monet, ut illud quod mutatum fuerit, de novo reo edatur, novumque ipsi detur tempus ad deliberandum: jus autem reddentis aequitas decernit, quae expensae huc usque factae solvendae sint; nam si actor libellum mutaverit, justum est, ut ipse omnes expensas refundat (*L.* 79 *ff. de jud.*), quoniam solus est in culpa quod unum pro alio petiverit; si autem libellus tantummodo propter obscuritatem fuerit emendatus, tunc solutio expensarum, quas causavit obscuritas, incumbat reo, qui sibi imputare debet, quod ab initio non opposuerit exceptionem obscuri libelli, modo tamen obscuritas fuerit talis, quae facile a reo potuit animadverti: caeterum hoc plurimum reliquendum est arbitrio judicis.

§ VI.

Haec libelli emendatio aut mutatio, tam ante quam post litem contestatam fieri potest; verum si post litem contestatam fiat, an adhuc idem remanebit judicium? Et quidem, si agatur de emendatione, cum illa neque rei substantiam, neque actionem mutet, videtur idem manere judicium; sed si mutatio facta fuerit, contrarium verius apparet; etenim ubi nova prorsus exigitur litis contestatio, quae pars essentialis judicii est, dici nequit idem manere judicium: quid igitur est, quod Justi-

nianus in terminis dicit *in eodem judicio* § 35 *inst. de action.*? nempe in re tam clara dicendum est, Justinianum istis verbis non tam judicii strictam unitatem, quam personam judicis et negotii apud eumdem continuationem significare voluisse; siquidem alias imperator vix cum juris ratione conciliari posset.

§ VII.

Exurgit hic quaestio, quid juris, si intentio actoris licet clare expressa, ambigua tamen fuerit, v. g. actor a reo petit Stichum et suam intentionem implet, cum autem reus duos Stichos haberet, hic ait, se de uno, actor se de alio sensisse; quaeritur inquam, cui consulendum sit? Et respondendum actori potius consuli ac credi debere, quam reo, qui alioquin, ne condemnetur, semper negaret se in illum, de quo agitur, consensisse (*L.* 83 § 1 *ff. de V. O.*), ubi haec ipsa ratio redditur et simul differentia inter judicium et stipulationem, seu quaro in judicio potius petitus ille videatur, de quo actor se sensisse dicit, quam in stipulatione promissus is de quo se cogitasse stipulator testatur? haec nempe est disparitas, quod in stipulatione absolute utriusque consensus requiratur, judicium autem etiam in invitum reddatur: huc quoque facit *L.* 61 *et* 66 *ff. de judic.*, item *L.* 12 *ff. de rebus dubiis.*

§ VIII.

Quod attinet ad editionem instrumentorum, illa nihil aliud est, quam quod actor reo patefacere debeat instrumenta, quibus in judicio usurus est, seu actionem suam fundaturus; reus autem non debet vicissim suorum actori copiam facere (*L. ult cod. h. t.*), quippe nimis grave Romanis visum est a reo peti probationes, ut sic suppeditaret arma adversario, quibus oppugnaretur; aliquae tamen dantur exceptiones, ut si fiscus agat in causa civili. Caeterum moribus nostris reus, postulante actore, sua instrumenta edere cogitur, cum publice intersit veritatem detegi, nec per hoc reo fiet injuria; aut enim debet, et equum est ut solvat, vel non debet, et tunc ei non nocebit editio.

TITULUS XIV.

DE PACTIS.

§ I. Pacti definitio.
§ II. De prima divisione pactorum in nuda et non nuda.
§ III. De edicto praetoris circa pacta.
§ IV. Quid moribus nostris circa pacta nuda.
§ V. De secunda divisione pactorum in tacita et expressa.
§ VI. Actio quae dabatur ex pactis praetoriis et legitimis.
§ VII. De pactis contractibus adjectis.
§ VIII. Quid si pactum adjectum contractui ejus substantiae adversetur.
§ IX. De divisione pactorum in publica et privata.
§ X. De alia divisione in licita et illicita.
§ XI. De pacto de succedendo.
§ XII. De pacto de non succedendo.
§ XIII. De divisione pactorum in realia et personalia.
§ XIV. Quibus pacta personalia prosint.
§ XV. An quis paciscendo uni heredum tantum consulere possit.
§ XVI. Pactum servi et filiif. prodesse domino vel patri demonstratur.
§ XVII. Quibus prosint pacta realia.
§ XVIII. An et quomodo per pactum aliis nocere possimus vel non.
§ XIX. Quinam possiat pacisci.

§ I.

Pactum sive pactio, teste Ulpiano in *L.* 1 § 2 *ff. h. t.*, est duorum pluriumve in idem placitum consensus, unde apparet sub nomine pacti in generali sua significatione accepti, contineri cujuslibet generis conventiones, et ita contractus quoque omnes tam nominatos, quam innominatos, adeo ut pactum sic generaliter sumptum idem sonet ac conventio, quod verbum, dicente eodem *Ulp.* § *sequent. d. L.* generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt. Recte in definitione ponitur *duorum pluriumve*, quoniam pactum intelligi neqoit, nisi plures homines convenientes concipiamus; neque enim ultimae voluntates, vota etc. quae unius voluntate perficiuntur, pacti nomine veniunt: non ita crude tamen illud accipere debemus, ut quotiescumque plures personae circa eamdem rem ejusdem suntopinionis, protinus pactum pronuntiemus; quis enim dicet, si duo homines de aliqua re consulti idem respondeant, illud esse pactum? Debemus igitur pro subjecta materia ita Ulp. definitionem accipere, si in hoc consentiunt, ut negotium aliquod inter se contrahatur aut dirimatur.

§ II.

Multiplex est pactorum divisio: et primo quidem in nuda et non nuda seu vestita: *vestita* sunt quae nomen vel causam habent et uno verbo appellantur contractus producuntque indistincte actionem, sed de illis sub hoc titulo non agitur: quaestio hic tantum est de pactis nudis, quae sola sub speciali pacti significatione continentur: pacta autem *nuda* dicuntur illa, quae in nudis placiti seu consensus finibus continentur (*L.* 27 *eod. de locato et conducto*); hoc est quae neque certum nomen habent, neque ullam obligandi causam, praeter ipsam conventionem, ut si inter nos simpliciter convenerit, ut tibi darem Stichum, ut tibi domum aedificarem etc., nulla nota interveniente, propter quam illud placitum in contractum aliquem sive nominatum sive innominatum transiret.

§ III.

Cum autem *L. XII. Tabb.* ex simplici et nudo pacto, nulla neque actio, neque exceptio com-

peteret, sed illud in puris juris naturae terminis relictum esset. praetor hujus legis angustias egressus est, et edictum de pactis proposuit, quod extat in *L.* 7 § 7 *ff. h. t.* Hoc edicto praetori propositum est pacta conventa servare, data exceptione, non tamen actione, ita ut illud edictum non ad pacta obligatoria, sive per quae aliqua obligatio contrahitur, pertineat, sed ad sola liberatoria seu de non petendo: verum inquies: verba praetoris in edicto generalia sunt, cur ergo non aeque ad pacta obligatoria pertinet ac ad liberatoria, aut quod idem est, cur post edictum ex pacto nudo non aeque datur actio ac exceptio? Id ex mente praetoris abunde colligitur, cujus intentio prorsus fuisse constat, ut lites minueret: jam vero sola pacta liberatoria ad lites minuendas pertinent, obligatoria e contra eas augent; manifestum igitur, quod praetor in suo edicto ex nudo pacto exceptionem, non actionem dare voluerit: illud enim suadebat utilitas minuendarum litium, aliud impediebat metus augendarum, hinc jam collige rationem cur tam in pandectis, quam in codice sub hoc titulo fere non occurrant alia exempla, quam de pactis de non petendo.

Nusquam igitur jure romano actionem ex pacto nudo natam, aut ipso jure sublatam legimus: *si conventio placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse* inquiunt imperatores in *cit. L.* 27 *Cod.*: haec regula ita certa erat, ut jam tempore Alexandri imperatoris, quasi in proverbium abiisse constet *L.* 10 *Cod. h.t.*: scilicet romani fortunis civium egregie consulentes, ex qualibet conventione actionem nasci noluerunt, ne verbis leviter prolatis homines illaquearentur: nec tamen inde inferas tunc saltem ex nudo pacto agi posse, si de certa ac deliberata voluntate constet; si enim tunc actio daretur, utique fere semper danda foret, cum in dubio praesumptio sit eos, qui inter se conveniunt, serio potius agere, quam jocari, ut adeo unico tantum casu actio non daretur, scilicet quando reus probare posset actionem non serio initam fuisse, quod magnas pareret difficultates: deinde pactum de quo agitur in *L.* 28 *Cod. h. t.* certo certius deliberatum erat, et tamen actio denegatur, *nisi placitis stipulatio intercesserit*, aiunt impp., quod evidenter probat illud quod dicitur, *ex nudo pacto actionem non nasci* in universum verum esse: neque adversatur arg. desumptum ex *L.* 1 *princ. ff. h. t.*, in qua dicitur: *nil tam congruum esse fidei humanae, quam quae inter consentientes placuerunt servare*; nam licet illud principium tam ad pacta obligatoria, quam liberatoria pertineat, minime tamen inde sequitur, ex tali pacto actionem civilem oriri, cum principium hoc ad jus gentium pertineat, quippe quo jure, etiam ex nudo pacto adstringamur ad fidem datam servandam. Eo tamen non obstante, ipsos legislatores romanos obligationem illam juris naturalis seu gentium recognovisse satis apparet ex effectibus, quos nudo pacto tribuerunt; si enim obligatorium sit, dempta actione, habet omnes effectus sicuti quaelibet alia obligationis species; hinc potest novari, constitui, compensari, pignora et fidejussiones admittit, solutum non repetitur etc., si sit liberatorium, jam inde dictum est, per illud tolli obligationem, ope tamen exceptionis, non ipso jure, excipe, nisi esset debitum naturale, quod per pactum nudum ipso jure tollitur, sicuti debitum ex stipulatu ipso jure tolleretur per contrariam stipulationem, cum unumquodque eodem modo dissolvatur quo colligatum est. Hoc autem interest, an quis liberetur ipso jure, an tantum ope exceptionis, quod quando liberatus est ipso jure, tunc ad praetorem vocatus possit negare se debere, at si tantum ope exceptionis, tunc exceptionem coram praetore allegare debet et ab eo petere, ut illa inseratur formulae: atque illud est quod significant J. C., dum dicit *in stipulationibus jus, in pactis factum versari* (*L.* 27 § 2 *ff. h. t.*

§ IV.

Moribus nostris pactum nudum, non tantum effectus modo memoratos habet, sed etiam actionem parit, aut ipso jure tollit, quemadmodum stipulatio jure romano, idque convenienter juri canonico, quod praeceptum naturale dictans fidem datam esse servandam potius attendit, quam distinctiones juris romani: non desunt tamen qui negant jure canonico ex pacto nudo dari actionem, sed eorum opinio non potest conciliari cum *Cap.* 1 *et* 3 *ff. de pactis*: quidquid de eo sit, moribus nostris, res certa et definita est, ut de hoc amplius dubitari fas non sit. Haec per transennam dixisse sufficiat, redeamus ad edictum praetoris.

§ V.

Praetor promittens se servaturum pacta, non distinguit utrum expresse, vel tacito aliquid inter plures placuerit, sed simpliciter servat duorum vel plurium in idem placitum consensum: pacta *expressa* sunt quae vel inter praesentes, vel per epistolam, vel per nuntium fiunt expresso scilicet consensu (*L.* 2 *princip. ff. h.t.*): *tacita*, dum paciscentes facto aliquo tacito consensum declarant. Exemplum taciti pacti exhibet *d. L.* 2 § 1: nempe, si creditor debitori suo cautionem seu chyrographum reddiderit, per hoc enim, inquit J. C., *videtur convenisse ne petat.* Idem judicium esto, si forte in praesentia debitoris chyrographum creditor laceraverit aut in ignem projecerit cancellaveritve, modo tamen illa fiant animo remittendi debitum; si enim contrarium appareat, v. g. quod per errorem chyrographum reddiderit, laceraverit etc., per hoc nihil actum est: caeterum in dubio praesumen-

dum est id factum esse animo remittendi debitum, et hoc ipsum est quod dicitur *tacite conventum de non petendo:* requiritur tamen ut constet de ipso facto redditionis,et ideo si debitor munitus sit chyrographo per hoc solum tueri se non potest exceptione pacti; redditio enim ex eo non probatur, quod chyrographum apud debitorem extet.

Sed quid, si creditor plures cautiones seu plura chyrographa habeat ejusdem debiti et unum reddiderit, an per hoc intelligetur tacite pactus de non petendo debito? illud nonnulli volunt, verumtamen sententia negantium probabilior videtur, quia si creditor debitum remittere voluisset, verosimiliter reddidisset utrumque; unde credibile est ideo id fecisse, quia inutile videbatur ambo chyrographa retinere, cum ex uno debitum satis probari posset, imo alias forte rationes habebat, v. g. ne utraque cautione retenta, aliquid malitiose adversus debitorem machinari velle videretur. Objicitur tamen definitionem *d. L.* 2 § 1 esse generalem, et Paulum nullatenus casum nostrum excipere; verum, utcumque illum non excipial, tamen J. C. non posse de illo casu intelligi satis apparet ex rationibus mox datis, nec mirum videri debet eum generaliter fuisse locutum, cum leges sese accommodent illis, quae frequentiora sunt; extraordinarium autem est, creditorem habere plura ejusdem debiti chyrographa. Objicitur adhuc unicum esse debitum in utroque Chyrographo integre contentum, atque adeo unum reddendo perinde haberi debere ac si utrumque reddidisset. Sed argumentum retorquetur hoc modo: unum retinuit, ergo perinde est ac si utrumque retinuisset. Tandem objicitur quod si unum ex illis duobus legasset, videretur legata liberatio. Ast magna est disparitas; legare enim est donare, et qui legat censetur velle aliquod emolumentum legatario adferre, unde hic praesumptio est, quod testator id fecerit animo debitum remittendi, nos autem supponimus casum, ubi simplex redditio facta est, nec ullo modo appareat mentem reddentis esse, quod velit debitorem suum liberare.

Ex eo quod quis censeatur velle remittere debitum, quia chyrographum debitori reddidit, sequitur eum quoque voluisse tacite remittere pignus, cum pignus detur in securitatem debiti, sed non vice versa, hoc est qui pignus reddit non censetur voluisse remittere debitum; plane si quis quaerat quare magis redditio chyrographi contineat pactum de non petendo debito, quam redditio pignoris, ratio in promptu est: nempe quia alioquin redditio chyrographi nihil operaretur; unde capitur ea conjectura, quod videatur creditor pactus de non petendo debito, at vero redditio pignoris aliquam utilitatem debitori praestat, licet obligatus maneat ad debitum principale solvendum, scilicet remissionem ipsius obligationis pignoratitiae.

Alia species taciti pacti est, si quis in futurum usuras acceperit; per hoc enim pactus videtur, ne intra tempus, ad quod usurae solutae sunt, sortem repetat (*L.* 57 *princ. ff. h. t.*). Exemplum quoque pacti taciti exhibet *L.* 2 *Cod. h. t.*

Elegans quoque est casus *L.* 27 § 6 *ff. h. t.*, qui talis est: stipulatus sum 10 aut Stichum, postea conveni de non petendo 10: quaeritur an adhuc Stichum petere possim? Et respondit Paulus, *exceptionem pacti conventi in totum obstaturam*, sic ut nec Stichum amplius petere possim. Prius quam ad hujus decisionis rationem procedamus notare oportet, quod in obligatione alternativa, idem est in generica, electio sit debitoris (*L.* 52 *ff. mandati*), nisi expresse actum esset, ut ea sit creditoris; unde consequens est, quod creditor in ejusmodi obligationibus certam speciem petere nequeat, quia sic electionem adversario eriperet, et conditionem ejus faceret deteriorem: verum si ex post facto debitor acceptanti creditori se obliget ad determinatam speciem, obligatio alternativa transibit in specificam. His praenotatis, dico hanc esse decisionis Pauli rationem, quod cum creditor pactus sit de non petendo 10, ex mente contrahentium obligatio alternativa facta fuerit specifica ad 10, Sticho non amplius manente in obligatione; jam autem circa illa 10 quae sola remanebant in obligatione, creditor supponitur pactus de non petendo, ergo debitor in totum liberatus esse debet: quod autem intervenerit tacita conventio de solvendis 10, sic probatur: non poterat creditor pacisci de non petendo 10 antequam peti possent, sive antequam nata esset obligatio ad 10, manente autem obligatione alternativa ad Stichum vel 10, non aderat obligatio ad 10, sive 10 non poterant peti; ergo cum pactus fuerit creditor de non petendo 10, praesupponi debet tacita conventio de solvendis 10, qua obligatio alternativa facta sit specifica; alias pactum, de quo agitur, locum habere non potuisset. Quod dicitur in *cit. L.* 27 de casu, quo aliquis hominem in genere stipulatus, postea paciscitur de non petendo Sticho, eodem sensu accipiendum est. Contra hanc interpretationem objicitur, nullum factum intervenisse, ex quo dici possit debitorem se obligasse ad sola 10, ast hoc falsum est; nam ex pacto expresso de non petendo 10, recte deducimus tacitam conventionem de 10 solvendis, ut ex ante dictis constat; ad hoc autem ut obligatio specifica fiat, non requiruntur expressa verba, quibus debitor se obliget ad 10 in specie, sed sufficit tacita ejus voluntas, modo de ea constet. Praeterea si aliter interpretaremur, sequeretur quod Stichus peti posset, quod dici nequit, quia pactum de non petendo 10 initum est in favorem debitoris, cum sit liberatorium; jam autem si dicto modo illud interpretaremur, non prodesset debitori, quippe qui etiam antea liberari poterat praestando Stichum; quin contra noceret, cum ipsi electionem eriperet. Deinde ipse J. C. *in d. L.* 27 nostram interpretationem diserte probat; ait enim, *si pactum de non*

petendo 10 *interjectum fuerit*, *nil amplius peti posse; at si id actum sit ne petantur* 10, *sed Stichus*, *posse peti Stichum nulla exceptione opponenda*. Unde satis apparet illas pacti species omnimode diversas esse.

Objicitur *L.* 27 § 7 *ff. h. t.*, ubi dicitur, quod si generaliter hominem mihi debeas, et paciscar *ne Stichum petam*, possim nihilominus alium hominem petere; ergo, inquiunt, falsum est quod diximus, in obligatione generica v. g. hominis, si actum sit de non petendo Sticho, in totum obstaturam pacti exceptionem; deinde, cum nullam ponamus differentiam inter obligationem genericam, et alternativam in ordine ad tale pactum de non petendo, sequitur idem dicendum esse in casu obligationis alternativae. Sed negamus utramque consequentiam; etenim in hoc § agit Paulus de casu, ubi in obligatione generica electio est creditoris, quo casu concedimus adhuc alium hominem peti posse, uti quoque in casu obligationis alternativae concederemus, adhuc posse peti Stichum, si electio fuisset creditoris: nec facit quod Paulus in d. § non dicat, electionem esse creditoris; quia hoc colligitur ex eo, quod idem Paulus in § immediate praecedenti proponat casum obligationis alternativae, illudque resolvat ut diximus, addita ratione, quod uti solutione vel acceptilatione 10 tota tollitur obligatio, ita et pacto de non petendo 10 in totum submoveatur: jam autem eadem haec ratio militat pro specie obligationis genericae, quando nempe electio est debitoris; ergo ne idem J. C. in eadem lege sibi contradixisse videatur (§ 7), intelligendus est de casu, quo electio competit creditori: deinde in fine § 1 ait Paulus, *alium autem hominem si petam, recte agam:* supponit ergo tacite, posse creditorem alium hominem in specie petere, jam autem creditor hominis in genere, dum electio ipsi non competit, nunquam potest petere hominem specifice; ergo supponit J. C. electionem esse creditoris, quod satis patet ex toto contextu legis. Haec de pactis liberatoriis tacitis: quod obligatoria tacita spectat infra videbimus agendo de pactis praetoriis.

§ VII.

Regulam posuimus, ex nuda pactione, neque civili, neque praetorio jure actionem nasci, aut ipso jure tolli. Hujus tamen regulae duae notabiles merentur attendi exceptiones; prima est, si pactum a lege vel praetore confirmetur; secunda, si contractui adjiciatur. Dicitur a lege vel praetore pactum nudum confirmari, si lege, vel senatusconsulto, vel edicto praetoris sic adjuvetur, ut ex ipso actio vel nascatur, vel tollatur ipso jure; ideoque *legitimum*, si a lege vel senatusconsulto; *praetorium*, si edicto praetoris confirmata sint. Pacta legitima occurrunt in *L.* 30 *ff. de usuris*, *L.* 7 *ff. de nautico foenore*, in quibus dicitur *ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum*, item eas *creditoribus similiter deberi ex trajectitia pecunia*, *quae trans mare vehitur periculo creditoris*: alia species a Theodosio et Valentiniano introducta fuit (*L* 6 *cod. de dotis promissione*): nempe ut ex pacto dotis actio oriatur, etsi nulla stipulatio fuisset subsecuta: idem effecit Justinianus circa pactum donationis (*L* 35), et maxime § 5 *cod. de donat.*, *juncto* § 2 *inst. eod.*; neque tamen ex quovis pacto donationis causa interposito, Imperator actionem nasci voluit, sed ex eo tantum, quo quis in praesenti se donare dicit, veluti *dono tibi meum equum*, idque apparet ex verbis quibus utitur in *d. L.* 35, *si donaverit*, *si donatum fuerit;* si enim quis duntaxat diceret *donabo tibi meum equum*, ibi non esset tam donationem facere, quam potius pacisci de postea donando, et ex tali pacto non magis actio nasceretur, quam si quis nude pactus esset, se postea aliquid venditurum, locaturum etc. Pactum, quod tollit obligationem et actionem ipso jure, est pactum de non petendo cum eo, qui mihi tenebatur actione injuriarum, aut furti (*L.* 17 § 1 *ff. h. t.*). Pacta praetoria seu honoraria duo in jure nostro occurrunt, nimirum constitutae pecuniae, seu quando quis, nulla stipulatione interposita, constituit se soluturum quod ipse vel alius debet (§ 8 *et* 9 *inst. de action.*), et pignoris seu hypothecae; *de pignore*, inquit Paulus (*L.* 17 § 2 *ff. h. t.*), *jure honorario nascitur pacti actio*, scilicet hypothecaria, per quam creditor pignus prosequi potest adversus quemcumque possessorem: hic jam habemus exemplum pacti obligatorii taciti; tale enim est in *L.* 5 § 2 *ff. in quibus causis pig.*, in qua dicitur, quod si quis fidejubeat, cum res illius a debitore, pro quo fidejubet, pignori data est, intelligitur hoc ipso, quod fidejubet mandare et consentire, rem suam esse obligatam pignori.

§ VIII.

Dicendum nunc de pactis contractibus adjectis. Notum est ea adjici vel iis contractibus, quos romani pro more judiciorum tum recepto, bonae fidei, vel iis, quos stricti juris esse dicebant; et aut pacta haec adjici *in continenti*, aut *ex intervallo: in continenti*, hoc est, in ipso negotii limine, sub quo tamen etiam comprehenduntur illa, quae e vestigio, hoc est nullo alio actu interveniente, protinus subsequuntur; quemadmodum tutoris auctoritas, perfecto contractu, interponitur, modo tamen id fiat statim et sine intervallo, in ipso negotio dicitur interposita; hanc explicationem firmat *L.* 7 § 5 *ff. h. t.*, ubi pacta in continenti adjecta J. C. vocat ex continenti subsecuta; idem erui potest ex eo quod imperatores in *L.* 3 *cod. de aedil. act.* aiunt, *emptorem ex pacto an-*

tecedente vel in continenti sequuto agere posse, ubi apparet per *pactum antecedens* illud intelligi, quod in ipso ingressu contractus ponitur, per *incontinenti secutum*, illud quod mox contractum, nullo actu extraneo interveniente, subsequitur, et utrumque hoc pactum generali nomine *in continenti* adjectum dici poterit: *ex intervallo* pacta adjici dicuntur, dum inter contractum et pactum aliquod spatium temporis intermediat, ut jam non possit videri unum et idem negotium cum ipso contractu.

Ad hujus materiae dilucidationem praenosci quoque debet, quid sit pactum inesse contractui: et imprimis pactum inest contractui, vel ex parte actoris, vel ex parte rei: *ex parte actoris* inesse dicitur, quando actionem contractus ipsumque contractum format et illi legem dat, ita ut ad implementum hujusmodi pacti agi possit actione ex ipso contractu; *ex parte rei* dupliciter inesse potest, vel ipso jure, vel ope exceptionis: *ipso jure*, quando per pactum aliquid ita detrahitur praedictae obligationi, ut ab ipso momento pacti interpositi illud, quod detractum est, penitus evanescat: *ope exceptionis*, quando non est quidem statim ab interpositione pacti aliquid ab obligatione avulsum, sed tamen hujus pacti exceptio ita intrinsece negotio inest, ut mota lite judex illius rationem habere possit, etiamsi reus illam in judicio non opposuerit.

Hisjam praemissis, facilius intelligi poterunt ea, quae tradi solent circa pacta contractibus adjecta: quoad illa quae adjiciuntur contractibus bonae fidei, rem sat dilucide exponit Ulpianus in *L.* 7 § 5 *et* 6 *ff. h. t.* In primis itaque pacta illis contractibus in continenti adjecta insunt ex parte actoris: videntur enim illa pacta ipsius contractus partem facere, et ideo actionem ex illo descendentem et ipsum contractum efformare dicuntur: sic emisti a me fundum, et in continenti inter nos placuit, ut huic fundo accederent boves aratorii, poteris actione empti a me una et fundum et boves petere: ex converso, vendidi tibi partem fundi dimidiam, et statim adjectum est, ut alteram partem, quam ego retinebam, tu per 10 annos certa pecunia conduceres, ex vendito adversus te agam, tum ut partis venditae pretium solvas, tum ut partem, de qua convenit, conductam habeas: meum equum tibi commodavi, et mox illam legem posuimus, ut casum fortuitum praestares, si equus casu fortuito perierit, actione commodati mihi teneberis, verbo ad hujusmodi pactorum implementum generaliter competit actio ex ipso contractu cui apposita sunt; et licet aliquando dubitatum fuerit, idemne esset dicendum, si pactum spectaret ad contractus dissolutionem, v. g. si in emptione venditione pactum addictionis in diem, aut legis commissoriae appositum fuerit, praevaluit tamen Sabini sententia, quae et hoc casu actionem ex contractu concedit; eamque statim rescripto suo probarunt divi Severus et Antoninus *L.* 4 *pr. ff. de leg. comm*, constituerunt que in specie illic proposita, ut ipsa actio ex vendito competeret ad dissolvendum contractum; idem probatur ex *L.* 16 *ff. de addict. in diem.* Non tamen idcirco prorsus sublata videri debet actio praescriptis verbis, quam solam ex tali pacto dissolutivo olim competiisse, testis est Proculus antiquus in *L.* 12 *ff. de praescriptis verbis*, sed electio fuit actori concessa utra experiri vellet, quod aperte evincunt *L* 2 *eod. de pactis inter emp. et vend.*, *comp. L.* 6 *ff. de rescind. vend.*; in hac enim Paulus, in illa Alexander imperator utramlibet actionem tribuunt, et in factum seu prescriptis verbis, et ex ipso contractu, cum tamen certum sit utrumque vixisse multo tempore post Severum et Antoninum: sed dicet quis, si res ita sit, quare in rescripto Severi et Antonini solummodo fit mentio actionis ex ipso contractu? nimirum quia jam inde olim certo jure praescriptis verbis poterat agi, sed dubitabatur, an posset agi actione ex ipso contractu; imperatoribus autem tantum propositum fuit antiquum illud dubium tollere, ita tamen ut quoad caetera rem in suo statu reliquerint, nec verosimile est aliam fuisse mentem Ulpiani in *cit. L.* 4 constitutionem dictorum impp. referentis, cum ille Alexandri consiliarius et imperii sub eodem secretarius fuerit, ex *L* autem 2 *cit.* apparet Alexandrum in casu pacti dissolutivi utramque actionem concessisse. Haec omnia semper intellige de pactis ad contractus dissolutionem tendentibus; si enim talia non sint, nulla alia ex his actio danda videtur, quam ejus contractus, cui in continenti apposita sunt; nam ubi actio nominata competit, regulariter locum habere non potest actio praescriptis verbis.

Ex parte rei pacta in continenti contractibus bonae fidei adjecta insunt ipso jure, seu statim atque interposita sunt, obligationem minuunt, ita ut hic nulla quidem exceptione opus sit: si vero ex intervallo adjecta sint, tunc pariunt tantum exceptionem, cujus tamen judex rationem habere potest, etsi non fuerit opposita, et id est quod dicitur *inesse ope exceptionis*. Caeterum quaenam sit differentia, utrum pactum ex parte rei insit ipso jure, an tantum ope exceptionis, melius mox intelligetur agendo de pactis appositis contractibus strictijuris. Quod actorem attinet, pacta ex intervallo contractibus bonae fidei adjecta ex parte ejus nullatenus insunt, seu nequaquam ad actionem prosunt; cum enim talia pacta non faciant partem contractus, manifestum est, ad illorum implementum non posse competere actionem ex ipso contractu, quod tamen requiritur, ut pactum ex parte actoris inesse dici possit.

Major est difficultas circa pacta adjecta contractibus stricti juris, id est iis contractibus, in quorum executione judex id quod expresse inter contrahentes actum est omnino sequi debet, quales sunt mutuum et stipulatio; quaeritur itaque inprimis, an

pactum talibus contractibus in continenti adjectum insit ex parte actoris? et quamquam plerique interpretes sententiam affirmativam amplexi fuerint, tamen multo probabilior, hodieque magis recepta est opinin enrum, qui contendunt illa ex parte actoris nullatenus inesse; etenim si etiam in contractibus stricti juris pacta in continenti adjecta ex parte actoris inessent, quare in *L.* 7 § 5 *ff. h. t.* nominatim et taxative diceretur ea inesse bonae fidei judiciis; cur in *L.* 13 *eod. h. t.*, in qua dicitur ex pacto actionem competere, si in continenti fiat, expresse adderetur, *in bonae fidei contractibus?* numquid hic vere inclusio unius dici potest exclusio alterius? pro stipulatione accedit illa ratio, quod nt aliquid possit vocari pactum stipulationi adjectum, debeat post responsionem apponi, alias enim non esset pactum adjectum, sed constitneret ipsam stipulationem, jam autem si post responsionem apponatur, nunquam poterit dici inesse ex parte actoris; siqnidem ad hoc requireretur, ut ad hujus pacti implementum daretur actio ex stipulatu, quae tamen in casu certe dari non potest, eum de essentia stipnlationis sit, ut quidquid palam in ipsa stipnlatione non est expressum, ut in nostro casu, pactum quod post responsionem initum est, pro omisso plane habeatur; hue quoque facit *L.* 11 § 1 *ff. de rebus creditis.*

His tamen non nbstantibus, eontra nostram sententiam objicitur *L.* 13 *princ. ff. comm. praed.* ubi dicitur, *personas possidentium, vel in jus eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligari.* Ex quo inferunt contrariae sententiae patroni, aeqne nasci actionem ex pacto stipulationi adjecto, ac si venditioni adjiceretur: sed profecto lex illa hunc sensum non patitur: quandoquidem ibi nnlla sit quaestin do stipnlatione, sed tantum de venditione sic inita, quod emptor et heredes ejns ex stipulatione vel pacto venditioni adjecto obligentur; hoc est, si in easu ibi proposito stipulatio fuerit venditioni adjecta, tenetur emptor propter legem stipulationis, seu propter stipulationem: si vero pactum nudum fuerit adjectum, tenetur propter legem venditionis, seu propter istud pactum, utpote adjectum contrsctui bonae fidei.

Objiciunt adhuc *L.* 27 *Cod. h. t.*, cujus haec sunt verba: *petens ex stipulatione, quae, placiti servandi causa, sequuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat:* ergo inquiunt, datur actio ex pacto statim post stipulatinnem interposito, seu quod idem est, tale pactum inest ex parte actoris. Sed dicimus actionem, quae illo loco datur, non competere propter pactum quoddam quod stipulationi accessit, sed vere propter ipsam stipulationem, quae accessit pacto; ibi enim nnmimode agitur de stipulatione pactum subsequente, uti evidenter apparet ex verbo *sequuta*, tum etiam ex eo, quod supponatur stipulatio interposita pacti servandi causa, atque adeo non est quaestio de paeto stipulationi apposito, et sic quidem recte defendi potest, si tantum inspiciamus prima hujus legis verba, sed nonne illa quae sequuntur hanc sententiam evertunt? Dicunt enim imperatores: *recte agi posse sive pactum antecesserit, sive post interpositum sit:* numquid aperte inter se pugnant, supponere pactum post stipnlationem esse interpositum, et dicere stipulationem hujus pacti servandi causa secutam esse? Sane haec duo prima fronte contraria videntur, nec si sub eodem aspectu consideremus, ulln modo conciliari queunt; aliam itaque inibimus viam, ne dicamus imperatores in eadem lege sibi contradixisse, et illa verba *seu post interpositum sit* sic aceipiemus: si in instrumento pactum continente, pacti narratio, seu pactum stipulationem subsequatur, vel ita: si verbis inspectis, pactum post stipulationem initum sit, v. g. si stipulator dixerit, *promittisne servare omnia, quae modo inter nos placebunt*, et promissor responderit *promitto*, tunc vero pactum subsecutum fuerit; nam licet his duobus casibus, solo scripturae aut verborum ordine inspecto, stipulatio antecedat, tamen natura ipsa et intellectu sequitur, non possumus enim concipere stipulationem firmandi pacti causa adhibitam, nisi praevie aliquod pactum concipiamus, sicque verba *d. L.* 27 idoneum sensum recipient, eum alias vix interpretari valerent, et actin quae ibi datur, est actio ex stipulatu veniens ex ipsa stipulatione pactum firmante, non ex pacto aliquid stipulatinni adjiciente. Instant tamen adversarii et quaerunt, si non agatur de pacto in continenti stipulationi adjecto, eur in *d. L.* supponitur pactum statim interpositum? Ast respondetur, hoc in ordine scripturae aut verborum requiri ab impp., ut sic constare possit, an revera sit illud pactum, quod per stipnlationem firmatum est, nec ne, non autem ut insinnent quaestionem esse de pacto, per quod aliquid in continenti stipulationi adjectum est.

Objiciunt quoque *L.* 135 § 2 *ff. de V. O.*, cujus hic est casns: Seja in vim mandati a Lucio Titin accepti hortos emerat; illis emptis, mediante stipulatione inter eos ennvenit, ut quandocumque Seja pretium omne cum usuris a Lucio Titin recepisset, proprietatem hortorum in eum transferret; deinde in continenti pactum iniverant, ut intra kalendas Aprilis proximas Luoius Titius pretium omne cum usuris numeraret, et hortos acciperet: Lucius Titius, intra dictas kalendas, omne pretium eum usuris non solvit, modico tamen tempore interposito, voluit totum solvere, sed Seja respuit solutionem, sicque per Lucium Titium non amplius stabat quominus reliquum solveret: quaesitum est an, non obstante eo, quod intra kalendas Aprilis Lucius totnm nnn solvisset, habeat nihilominus actionem ex stipulatu adversns Sejam, ut accepto pretio cum usuris, sibi tradat hortos? Et respondit Scaevola affirmative, modo non multo post kalendas solutionem obtulisset, nec Seja ob istam moram

damnum passa esset. Quidam dicunt, Lucium Titium propter pactum obligatum esse ad dictam summam intra kalendas, aut non multo post numerandam, et hortos recipiendos, etsic illud pactum cum pariat obligationem, inesse ex parte actoris; sed profecto graviter errant; pactum enim de quo hic agitur mere liberatorium est, et hunc sensum habet, ne Seja post kalendas Aprilis obligata maneat ad hortos Lucio Titio pretium offerenti praestandos: tale autem pactum ex parte quidem rei inest, ex parte vero actoris certo inesse nequit, eum ad hoc requireretur, ut esset obligatorium; neque enim hic Lucius Titius precise obligatus est ad hortos, soluto pretio intra kalendas, recipiendos, sed pactum id duntaxat efficit, ne post kalendas petere possit: quod autem Scaevola ei concedat adhuc actionem ex stipulatu, si non multo post pretium obtulerit, nec mulieris quidquam propter illam moram intersit, id ex eo venit quod quando dies alicui obligationi aut petitioni adjecta est, hoc regulariter intelligere debeamus eum aliquo temperamento temporis (*arg. L.* 105 *ff. de solut. et liberat.*), quod temperamentum relinquendum est arbitrio judicis, uti dicitur in fine legis objectae.

Tandem objiciunt famosam *L.* 40 *ff. de reb cred.*, quae centies lecta, nunquam intellecta vulgo dicitur. In illa lege refert Paulus; in auditorio AEmilii Papiniani praefecti praetorio lectam fuisse talem cautionem: Lucius Titius scripserat se accepisse a Publio Moevio 1500 mutua: ea sibi reddi kalendis futuris stipulatus fuerat Publius Moevius, quod si eo die reddita non essent, usuras poenae nomine: statim inter eos convenerat, ut non tota 1500 kalendis futuris Titius redderet, sed denarios trecenos in singulos menses: quaerebatur, an praeter lapso tempore solutioni in stipulatione adjecte, seu post primas kalendas futuras, usurae incipierent currere ratione totius sortis, an pro parte singulis mensibus refundenda tantum. Hoc posterius Paulo placuit, et propterea ait, *perinde esse, ac si per singulos menses* 300 *denarios stipulatus, quoad illos, qui tardius soluti essent, usuras adjecisset;* igitur finito demum primo mense, primae pensionis seu 300 denariorum usuras currere, et similiter post secundum et tertium mensem usuras non solutae pensionis erescere, observando semper quod usurae sortis non solutae non ante peti possint, quam ipsa sors peti potuerat, idque ideo inquit Paulus, *quia pacta in continenti facta stipulationi insunt*, seu per ea ita renovata stipulatio videtur, ac si in illorum pactorum verba ab initio concepta fuissent, ex quo plerique inferunt, ea pacta non tantum inesse ex parte rei, sed etiam ex parte actoris, eum Paulus generaliter loquatur. Verum utcumque locutio aliqua sit generalis, tamen dicendum est, eam restringi debere ad subjectam materiam: subjecta autem materia talis est, ut agatur de pacto mere liberatorio; in casu enim illic proposito id per pactum adjectum non agebatur, ut quid daretur quod prius dari non debuerat, sed ut de eo, quod dari oportuerat, aliquid remitteretur, quale pactum valere ad agendum. seu ex parte actoris inesse, ne natura quidem sua potest. Illud maxime incautos decepit interpretes, quod ibi contendat Paulus pactum do quo agebatur, non tantum ad exceptionem valere; unde inferunt etiam valere ad actionem, sed male, eum utique detur medium evadendi; pacta enim, ut jam dictum est, ex parte rei dupliciter inesse possunt, vel ipso jure, vel ope exceptionis duntaxat; refert autem Paulus, quosdam fuisse qui volebant pactum istud, quamquam in continenti adjectum, tantum valere ad exceptionem, ipse vero ait illud ipso jure inesse, et proinde eum obligatio sortis ipso jure per tale pactum mutata fuerit, idem dicendum esse de obligatione usurarum, cum sublato principali, non possit subsistere accessorium.

Teneamus itaque, pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris nequaquam inesse, ex parte vero rei inesse ipso jure, seu ipso jure minuere obligationem, uti videri etiam potest in *L.* 11 § 1 *ff. de rebus creditis*, ubi dicitur quod si tibi dedero mutuo 10, sic ut 9 reddas, ipso jure te non amplius debere quam 9, quod si ex intervallo pactum aliquod contractui stricti juris apponatur, tunc neque ex parte actoris, neque ex parte rei ullo modo inesse poterit, cum nullus in toto jure textus reperiatur, qui hanc vim huic pacto adjiciat.

Ex dictis jam satis apparet divisio pactorum in *adjicientia* et *detrahentia*; quippe *adjicientia* sunt, per quae aliquid additur alicui contractui, quod alias ex ejus natura non adfuisset, ut si in emptione venditione placuerit, ut accedat fidejussor, aut cautio duplae interponatur: *detrahentia*, per quae diminuitur obligatio illa, quae fluebat ex natura contractus, v. g. si convenerit ne praestetur evictio; adjicientium autem, ut facile videri potest, talis est natura, ut tantum ex parte actoris, detrahentium, ut tantum ex parte rei insint.

Porro hactenus dicta tantum pertinent ad adminicula contractuum. Adminicula Papinianus definit, *adjuvamenta negotii promovendi causa adhibita*, quae adesse et abesse possunt, salvo manente contractu (*L.* 72 *ff. de contrah. empt. vend.*), veluti duo exempla mox allata; item si convenerit ut praestetur culpa levis, aut levissima in contractu, qui tantum latam recipit, ut est depositum, vel e contra, ut tantum praestetur culpa lata in contractu qui et levem et levissimam recipit, ut est commodatum.

§ IX.

Nunc videndum quid juris sit, si pactum contractui adjectum substantiae ejus adversetur, et quidem si pactum quod adjicitur sit contra leges aut

justitiam, regulariter valet contractus, sed pactum vitiatur, seu habetur pro non adjecto: quod si neque injustum sit pactum, neque alias publica refutetur utilitate, tunc regulariter per illud contractus mutabitur atque in alium transibit contractum, sic si contracta emptione venditione, pacto deinde augeatur vel minuatur pretium, alius fiet contractus emptionis venditionis (*d. L.*72); si commodaverim ea lege, ut solvas mercedem, fiet locatio; item si mandaverim cum pacto tibi dandi mercedem, erit locatio operae, exempla quoque praestant *L.* 36 *ff. de contrah. empt. vend.* et *L.* 6 *ff. de praescrip. verb.*; sic etiam si deposuerim ea lege ut uti possis, fiet commodatum; vel si quantitas deposita sit ut uti possis, erit mutuum

Si autem pactum adversetur naturalibus contractus, tunc remanebit idem contractus, sed per illud pactum erit modificatus; ut si in emptione conveniat, ne venditor teneatur de evictione, remanebit emptio, sed modificata.

§ X.

Sequitur divisio pactorum in *publica* et *privata*: *publica* sunt, quae ex publica causa fiunt (*L.* 5 *ff. h. t.*), qualia sunt illa, quae fiunt circa bellum et pacem. *Privata* dicuntur, quae ad singulorum utilitatem pertinent; ex quo consequens est, quod si princeps a subdito suo aliquid emat aut alio modo cum ipso paciscatur, tale pactum non publicum, sed privatum dici debeat, cum princeps illud pactum non ad rem publicam, sed ad privatum suum interesse referat. Circa pacta publica quaeri potest, an servanda sint ea, quae cum hostibus, praedonibus, aut piratis inita sunt, quod indubitanter adfirmandum; siquidem cum illis omnibus sit communio juris gentium (*L. ult. ff. de legationibus*): nec obstat Ulpianus in *L.* 1 § 3 *ff. de dolo malo*, in qua ait, *licitum esse adversus hostem, latronemque aliquid machinari*; hoc enim intelligi debet de talibus machinationibus, quae fiunt absque eo, quod ullum pactum infringatur, ast si fides semel data sit, nullo amplius ad illum fallendum stratagemate uti licet. Haec sufficiant de pactis publicis, cum illa politicae potius, quam juridicae disquisitionis sint.

§ XI.

Alia divisio pactorum est in *licita* et *illicita*: videamus igitur quaenam liceant necne. *Illicita* imprimis sunt omnia pacta, quae adversantur bonis moribus, aut quae ad delinquendum invitant, unde non valet pactum, ne furti aut injuriarum agatur, ne dolus praestetur, aut his similia (*L.* 27 § 3 et 4 *ff. h. t.*); expedit enim reipublicae timeri legum poenas, ut metu illarum homines a delictis abstineant: haec tamen ita, si sit quaestio de delictis futuris, de praeteritis enim, veluti ne de furto praeterito agatur, pacisci licitum est (*d. L.*27 § 4).

Prohibita etiam sunt, licet ex natura sua non illicita, pacta contra jus publicum; veluti si quis paciscatur cum creditoribus, ut solum primum heredem pro omnibus debitis conveniant, quia jus publicum privatorum pactis immutari nequit (*L.* 38 *ff. h. t.*): jure publico autem, seu L. XII. *tabb.* cautum erat, ut actiones et nomina ipso jure inter omnes heredes divisa essent.

Prohibitum quoque est pactum inter advocatum et clientem de quota litis (*L.*53 *ff. h. t.*, *L.* 5 *cod. de postulando*), quia in tali pacto reperitur species quaedam concussionis et sordida extorsio, qua advocati saepe suos clientes talia pacta inire cogunt: praeterea, cum eo majorem pecuniam habituri sint, quo plus ex lite ad clientem pervenerit, turpibus saepe mediis ad vincendas lites uterentur.

Item prohibitum est pactum aegri periclitantis et morbi angore pressi cum medico, dum nempe ei aliquid promittitur, unde ipsi commodum cum jactura aegroti accedat (*L.* 9 *cod de professor. et medicis*). Quod tamen non impedit quominus legatum ab aegroto relinquatur medico; nullibi enim hujusmodi legatum reperitur prohibitum, et insuper in ultimis voluntatibus unusquisque deliberate agere censetur, unde tale legatum non creditur doloribus et mortis angustia extortum: adde quod inconveniens esset, ut quis impediretur aliquid relinquere illi, a quo sanitatem rem inaestimabilem sperat.

§ XII.

Turpe etiam et imprudens apud Romanos habitum fuit sollicitum esse de hereditate viventis, quapropter maxime prohibita fuerunt pacta super viventium hereditatibus, quia qui talia pacta ineunt contra bonos mores et contra jus gentium festinare videntur (*L.*29 § 2 *ff. de donat*): caeterum hae et similes locutiones moribus Romanorum et eorum ratiocinandi modo accommodatae sunt; nam si vere argumentari velimus, reperiemus ejusmodi pacta revera in se turpia non esse, nec bonis moribus absolute adversari, ut recte disputat Vinnius *tractatu de pactis cap.* 19.

Duplex autem dari potest pactum de hereditate viventis: scilicet de succedendo, et de non succedendo.

Pactum de succedendo est, quo agitur de hereditate viventis obtinenda, veluti si paciscar cum Titio, ut ille me heredem instituat, vel si conveniat inter nos, ut qui supervixerit alterius heres sit, quod pactum reciprocum vocatur; item si paciscar cum Titio, ut si Maevius ipsum heredem instituat, medietatem hereditatis mihi daturus sit etc. Haec et similia pacta irrita esse innumerae leges evincunt (*L.* 15 *cod. h. t.*, *L.* 5 *cod. de pactis convent.*, *L.*4 *cod. de inut stip.*, *L.*61 *ff. de verb. obl.*); et ratio est, quod tales conventiones inducant votum captandae mortis alienae, et restringant liberam

testandi potestatem, quod leges non patiuntur, utpote quae volunt hominis voluntatem ambulatoriam esse usque ad mortem (*L.* 4 *ff de adim. vel transf. leg.*): praeterea turbant haec pacta publicum succedendi ordinem, quo hereditas non pactis, sed testamento aut lege defertur, cum tamen in privatorum potestate non sit pactionibus leges publicas immutare. Caeterum non omnia precise pacta de succedendo prohibita sunt: vel enim in hoc pacto agitur de hereditate unius contrahentium, vel de successione unius tertii.

Pactum quod fit super hereditate unius contrahentium, vel unius tertii certi in hoc pactum non consentientis, semper prohibitum est et nullum, nec obstat *L.* 2 § 2 *ff. de hered. vel act. vend.*, in qua dicitur *substitutum impuberis hereditatem ejus vendere posse*, et additur, *maxime si jam delata impuberis hereditas est*: ex quo inferunt contrariae sententiae auctores, eam quoque vendi posse, licet necdum delata esset, adeoque vendi posse vivo impubere. Sed falsissima est ista consequentia, *hereditas necdum delata vendi potest, ergo vendi potest vivo impubere:* accidere enim potest, ut impubes sit jam mortuus, et tamen necdum delata hereditas, puta si quis impuberi sub conditione substitutus sit, et pendente ea impubes moriatur; hoc igitur modo dictam legem accipiendo nullatenus obstat nostrae sententiae.

Pactum autem quod fit de successione unius tertii incerti, veluti si conveniam tecum, ut mihi praestes hereditatem, quae primo tibi obventura est, valet (*L.* 3 § 1 *ff. pro socio*).

Licitum quoque est et validum pactum, quod fit de successione unius tertii certi, si is consenserit, et in ea voluntate usque ad ultimum vitae spiritum perseveraverit, veluti duobus vel pluribus spes est alienae hereditatis, forte ex cognatione ad eos devolvendae; illi de consensu ejus de cujus hereditate agitur, paeisci poterunt, ut si ad eos hereditas pervenerit, certi modi in eadem observentur (*L. ult. eod. h. t.*); ratio autem cur tale pactum valeat est, quia viventi per hoc nulla videtur fieri iojuria, cum ille consensum praebeat, et non restringitur ejus testandi libertas; potest enim ille adhuc voluntatem mutare, et quidem usque ad mortem.

Sed si haec ita sint, quare quaeso non valet quoque pactum super hereditate unius contrahentium, cum etiam ipse consentiat? Nimirum ut hoc pactum valeret, deberet ille vi hujus obstrictus esse ad successionem suam ei quocum convenit relinquendam, cum de essentia obligationis sit, ut inducat necessitatem aliquid dandi vel faciendi: jam autem ille ad hoc obligari nequit, quia voluntas testatoris est ambulatoria usque ad extremum vitae spiritum, et consequenter, non obstante pacto potest quemlibet heredem facere, adeoque cum ejusmodi pacto desit essentia obligationis, nullum erit et irritum. Obstare tamen videtur *L.* 11 *cod. de transact.*, cujus species talis est: pater duos filios instituerat heredes, quemlibet puta ex semisse, et primi morientis fideicommiserat, ut si sine liberis decederet, partem suam superstiti fratri restitueret: filii pacti sunt inter se, ut primus moriens indistincte quartam v. g. partem restitueret: quaerebatur de pacti effectu: rescripserunt Impp. Gallienus et Valerianus, pactum licitum esse et validum: ibi tamen illud pactum erat de mutua successione, sicut primus moriens quartam tantum ex patris defuncti hereditate fratri superstiti restitueret, reliquam vero partem ad alios heredes transmittere posset: sed hujus ratio est, quod pactum in specie proposita non esset de hereditate viventis, sed mortui, scilicet patris; quod autem non esset super hereditate viventis, evidens est ex eo quod ambo pacti sint de semisse, qui sub fideicommisso continebatur, et qui consequenter non erat in paciscentium potestate, cum fideicommissum non tam fiduciarii, quam fideicommittentis judicio et voluntate ad nos veniat: fideicommissum igitur proprio loquendo non est in bonis fiduciarii, quod evidenter apparet ex eo, quod non veniat in computationem legitimae, in quam tamen omnia bona a defuncto profecta veniunt. Eodem modo intelligenda est *L.* 1 *cod. h. t.*

Videtur tamen illud quod diximus, non valere pactum de succedendo, quando agitur de successione unius contrahentium, exceptionem pati in casu *L.* 19 *cod. h. t.*, ubi supponitur duos fratres ad discrimen praelii pergentes, ob commune mortis periculum invicem pactos, *ut ad eum qui superstes fuisset, res ejus cui casus finem vitae attulisset pertinerent*: accidit ut unus mortuus fuerit, rescriptum est, superstitem recte postulare hereditatem defuncti fratris. Agoita ergo ibi fuit conventio de mutua successione inter milites; ast non mirum, notum enim est quamlibet militis in expeditione constituti voluntatem pro testamento esse; valet igitur dicta conventio inter milites in vim ultimi judicii, non vero in vim pacti, adeoque ea non obstante, voluntatem mutare poterant, cum voluntas hominis sit ambulatoria usque ad mortem.

Moribus quoque nostris omnino improbantur pacta de succedendo, praeterquam si talia pacta fuerint in contractibus antenuptialibus inita, in illis enim paeisci licet de hereditate viventis, v. g. avunculi, cujus neptem uxorem ducere volo, adeo ut ille, vi pacti cum ipso initi, omnino suam hereditatem nepti relinquere debeat; sed quaeritur, an tali casu avunculus possit adhuc inter vivos bona sua alienare? Et hic idem respondendum, quod olim apud Romanos in fideicommisso de residuo observabatur: nempe fiduciarius ejusmodi fideicommisso gravatus, bona a testatore profecta ex necessitate vel alias etiam, arbitrio boni viri alienare poterat, modo non alienaret intervertendi fideicommissi causa, nam vi fideicommissi tantum residuum

ex bonis fideicommittentis ad fideicommissarium transmittere debebat, sic etiam avunculus in nostro casu, cum se obligaverit ad relinquendum nepti suae successionem, se tantum obligavit ad ei relinquendum bona sua residua; poterit ergo ex necessitate adhuc inter vivos alienare, suis filiabus congruas dotes dare, imo modicas donationes facere etc. modo tamen in his omnibus absit dolus, nec intervertatur pactum in tabulis nuptialibus initum. Similia autem pacta de succedendo ita firma sunt moribus nostris, ut nequidem rumpantur ob supernascentiam liberorum, sicuti caeterae donationes; cujus ratio haec est, quod ibi vera donatio non sit, quippe cum facta sit ex causa onerosa ducendi neptem, et sustinendi onera matrimonii.

A regula superius tradita, moribus nostris non valere pacta de succedendo, nisi in tabulis antenuptialibus facta fuerint, exceptio est in illis regionibus in quibus admittuntur *pacta fraternitatis*, ut vocant, seu de mutua successione, qualia in usu sunt maxime in Germania.

§ XIII.

Pactum de non succedendo fit, quando convenit de non acquirenda hereditate alicujus viventis, cujus tamen adipiscendae spes est, veluti, si pater cum filia paciscatur, ut paternam hereditatem repudiet, hujusmodi pactum prohibitum est (*L.* 3 *cod. de collationibus*); talia enim pacta inter liberos et parentes malo more et metu reverentiali extorta praesumuntur, et insuper ab obsequio parentibus debito liberos abstrahere nata sunt, qui tamen praemiis magis ad paterna obsequia sunt promovendi, quam pactionibus avocandi (*L.* 35 § 1 *cod. de inoff. testam*).

Quemadmodum autem moribus nostris invaluit, ut aliquando liceat pacisci de succedendo, sic etiam receptum fuit ut filia, dote contenta, posset renuntiare successioni paternae, ita ut nihil hodie frequentius sit, quam huiusmodi pactum: attamen extra hunc casum inter parentes et liberos pactum de non succedendo prohibitum plane est et nullum, juxta juris Romani dispositionem.

Memoratus casus originem trahit ex rescripto Bonifacii VIII. (*cap.* 2 *de pactis in* 6), ubi constituit praefatus Pontifex, ut si filia, dote contenta, pacta fuerit ut nullum ad bona paterna regressum haberet, atque hoc renuntiationis pactum juramento confirmaverit, illud servandum sit ob religionem juramenti. Sed mores longius progressi sunt, et invaluit ut renuntiatio etiam valeret, quamvis non esset juramento firmata. Nota tamen, per hanc renuntiationem non immutari ordinem successionis ab intestato, quippe qui cum juris publici sit, privatorum pactis nequit immutari, unde illa non obstante, patris hereditas filiae defertur, sed haec eam acceptare nequit ob pactum renuntiationis, et si ad illam admitti postularet, ex eodem renuntiationis capite repelleretur.

Quaeritur jam, utrum renuntiatio matris noceat liberis ejus; et imprimis quaestio esse non potest, si mater supervixerit patri suo: nam tunc constat ipsius liberos seu nepotes defuncti non esse admittendos cum thiis suis ad successionem avi, utpote qui his gradu remotiores sunt, matre nempe ipsos antecedente, in cujus locum, ea viva, ascendere nequeunt, ut eodem cum thiis gradu esse fingantur. Itaque cardo rei in eo solo vertitur, quando mater patri suo praemortua est, an tunc matris renuntiatio impediat quominus ejus liberi veniant ad successionem avi una cum avunculis et materteris; et in hac quaestione praeplacet sententia negantium, idque indistincte, sive nepotes heredes matris fuerint, sive non, quia nepotes ex filia praedefuncta vocantur ad successionem avi una cum thiis (*Nov.* 118 *cap.* 1), propriumque jus habent ad successionem avi, jam autem mater tantum renuntiaverat juri et spei quam ipsa habebat ad hereditatem patris, non autem juri liberorum, quod prorsus a jure matris distinctum est, unde simplex matris renuntiatio non prohibet quin, ipsa praemortua, liberi ejus ad avi hereditatem veniant. Neque de eo dubium esse potest, quando liberi non sunt heredes matris, nam cum jure suo veniant ad hereditatem avi, non debent curare pactum matris, quod nequaquam illis auferre potuit jus, quod lex eis ad avi hereditatem tribuit: sed etiam si heredes matris existant, dicimus, verius esse, eos ad hereditatem avi admittendos, ut jam inde probatum est et confirmatur ex eo quod certissimum sit, heredem plus juris habere posse ex capite proprio, quam defunctus habuit; sicque nihil absurdi in eo est quod liberi jura proprio ad hereditatem avi veniant, ad quam mater, cujus illi sunt heredes, venire non posset, si viveret. Postremo, quando mater successioni paternae renuntiavit, huic sub conditione renuntiasse intelligitur, si nempe, *ei deferatur hereditas*, cum omnis renuntiatio praesupponat habitum seu jus aliquod, jam autem matri, utpote praemortuae, numquam delata fuit patris hereditas, igitur nunquam fuerunt termini habiles renuntiationis, ac consequenter, matre mortua, renuntiationis pactum nullas vires in ejus liberos exercere potuit. Nec dicas quod renuntiatio pura sit et simplex sine ulla conditionis adjectione, nam licet nulla expressa sit conditio, tacita tamen ei inest, cum non potuerit pure et simpliciter renuntiare patris hereditati, quae sibi nec dum delata erat. Restat probandum nepotes avo suo succedentes, non ex jure matris in se transfuso, sed proprio jure succedere, quod evidenter ex eo patet, quod illud jus avo succedendi accipiant ex dispositione legis, scilicet *Nov.* 118 *cap.* 1, dum autem quis jus a lege habet, illud a matre habere dici non potest.

Nec obstat principium, quod heres non possit

plus juris habere, quam defunctus habuit, nam hoc impedit, quominus heres ex proprio capite plus juris habeat, quam defunctus habebat: nepotes autem in casu veniunt ad hereditatem avi ex suo capite, seu jure proprio. Nec magis obstat quod nepotes veniant ad hereditatem avi jure repraesentationis: etenim, quod dicitur nepotes venire ad hereditatem avi jure repraesentationis nil aliud significat, quam quod nepotes ascendant in locum et gradum praedefuncti parentis, ut ibi eam portionem in hereditate avita capiant, quam lex parenti defuncto deferret, si viveret; nam duplex in jure debet distingui repraesentatio; altera personae, qua heres repraesentat personam defuncti, ut ex hujus capite eodem jure, ac ipse, potiatur: altera loci seu gradus, qua nempe certis casibus in successione ab intestato remotior, vi legis subit locum proximioris defuncti, fingiturque eodem, quo hic gradu, hoc autem posteriore repraesentationis jure gaudent liberi in casu nostro praedefuncta matre: facili quoque negotio solvitur aliud argumentum, scilicet, quod repraesentans eam portionem debet habere quam habuisset repraesentatus, si vixisset, mater autem si viveret, nullam haberet portionem in hereditate avita, ergo nec ejus liberi: nam repraesentans debet habere portionem, quam habuisset repraesentatus, hoc est quam lex ipsi detulisset, jam autem non obstante renuntiatione matris, lex ipsi, si supervixisset, detulisset hereditatem patris, cum ordo successionis ab intestato privatorum pactis immutari nequeat, verum quidem est, quod liberi, utpote heredes matris, etiam ejus personam repraesentent, sed licet personam matris repraesentent, tamen ad hereditatem avi non veniunt ex ista personae repraesentatione, sed ex repraesentatione loci seu gradus, nam heres personam defuncti tantum repraesentat quoad jura hereditaria, non vero quoad alia: si enim v. g. defunctus oppignoraverit omnia sua bona, non ideo oppignorata erant bona heredis, quamvis sub generali hypoteca bonorum defuncti contineantur omnia ejus bona tam futura, quam praesentia.

Obstare tamen videtur *L. 14 cod. de reivind.*, sed disparitas inter illam legem et casum nostrum est, quod quando mater vendiderat fundum filii, obligata fuerit efficere ut fundus is apud emptorem in perpetuum remaneret, atque adeo filius, qui heres est, et qui subintrat in omnes obligationes defunctae matris, etiam tenetur efficere ut fundus ille apud emptorem maneat, ex quo consequens est, quod ne proprio quidem jure fundum vindicare possit: ast in nostro casu mater nunquam se obligavit ad hoc, ut hereditas patris integra ad fratrem suum v. g. perveniret, sed tantum ne ipsa partem auferret.

Instant et dicunt, quod in supposito quod mater per statutum exclusa sit ab hereditate patris sui, prout in quibusdam locis observatur, in quibus filia dote contenta esse debet, et non admittitur ad hereditatem patris, haec exclusio nocebit quoque liberis ejus, jam autem, ut aiunt, pactum in casu thesis supplet vires statuti, ex quo inferunt, illud quoque nocere liberis: sed disparitas est, quod tale statutum non tantum matrem excludat, sed et totam ejus posteritatem, utpote quod latum est favore masculorum, ut hi, potissima paternae hereditatis portione ablata, splendorem familiae conservent, adeoque illud evertit ordinem successionis ab intestato; sed illum ordinem mater suo pacto non potuit immutare, nec consequenter efficere, ut neque liberis, ipsa praedefuncta, hereditas avi deferretur: ad hoc enim tantum se obligavit, ut si hereditas patris sibi delata esset, eam non amitteret, sed hujus obligationis conditio defecit in casu thesis. ergo et ipsa defecit obligatio: praeterea in casu objecto liberi nati sunt ex medio inhabili ad succedendum, ast mater in casu nostro non reddidit se inhabilem ad succedendum: hereditas enim adhuc ipsi defertur ex *Nov.* 118, et renuntiatio tantum impedit effectum legis, seu quominus hereditatem delatam acquirat; cum autem hanc renuntiationem tantum pro se fecerit, illa certo impedire nequit, quominus liberi, ipsa praedefuncta, hereditatem avi sibi delatam acquirant, et licet quisque non tantum sibi, sed etia n heredibus contrahere videatur, tamen non potest videri mater renuntiasse pro se et pro liberis suis; imprimis enim renuntiationes strictae sunt interpretationis, itaque cum in pacto renuntiationis patrem inter et filiam, tantum actum fuerit, ne filia succederet, nihil vero expressum sit de jure liberorum, renuntiatio matris ad liberos extendi nequit, tandem quod dicitur, quemque non tantum sibi etc. hoc intelligendum est, quatenus heres aliquid exigere vellet, vel ab ipso aliquid exigeretur ex capite defuncti.

Nec obstat, quod in regnis, renuntiatio parentis de consensu populi facta, liberos nascituros a regno excludat: etenim successio in regnis non dependet a lege civili, sed a lege regni fundamentali populum inter et regnantem constituta, omnesque regnantes ex hac lege totum jus suum ad regnum habent et metiuntur; si autem parens de populi et regnantis consensu juri suo successionem regni renuntiet, lex illa fundamentalis mutatur et tollitur, quae mutatio certa per populum et regnantem fieri potest, cum ab ipsis lex illa fuerit, constituta; totum itaque jus, quod praesupposito parenti originaliter de populi consensu quaesitum fuerat quodque ipsi successionem regni deferebat, contrario ejusdem populi consensu sublatum est: quapropter qui ex regnante postea nascuntur perinde habentur, ac si ex qualibet alia persona ad regnum non attinente nati essent: aliter se res habet in successione privatorum; haec enim ex jure civili regulatur, quod renuntiatio parentis mutare nequit, unde, matre defuncta, nepotibus avita defertur hereditas, quam quominus admittant, non impedit renuntiatio ma-

tris,ut antea probatum est, principes vero et successores regnorum jure civili non utuntur, sed jure naturae tantum, et jus regnandi sibi quaesitum contraria conventione amittunt.

Diximus quod in regnis renuntiatio parentis excludat *liberos nascituros*, jam natis autem nequit obstare renuntiatio parentis, utpote quibus a momento nativitatis jus quaesitum est ad regnum suo tempore et loco obtinendum, quod proinde eis invitis auferri non potest: nascituris autem nullum jus quaesitum est, et proinde a regno excluduntur, quod certo sine eorum injuria fieri poterit, cum tempore renuntiationis nequidem in rerum natura fuerint: sed dicet quis, si fideicommissum relictum sit in favorem nasciturorum, jus illis statim ab illo tempore ad istud fideicommissum acquiritur, quod auferri non potest, cur igitur in regnis etiam non acquiritur jus liberis nascituris? haec nempe disparitas est, quod in fideicommisso jus civile sustineat legem, quam defunctus suis bonis fecit, et proinde nascituri absolute ad istud fideicommissum admitti debent: ast in successione regnorum solum jus naturae, ut jam diximus, attenditur, quo jure attento, jus aliquod non nato quaesitum dici nequit; igitur lex successionis inter populum et regnantem inito eorum consensu recte mutatur.

In praecedenti quaestione egimus de casu, quo mater simpliciter renuntiaverat successioni patris sui, videamus jam quid juris, si mater non tantum pro se, sed etiam pro liberis renuntiaverit? quaestio igitur esse non potest de casu, quo mater supervixit patri, sed tantum quo huic praemortua est, et hoc casu verius videtur, quod nec tunc renuntiatio matris liberis noceat, etiam si supponantur heredes matris, nam si ipsi non fuerint heredes, res non magnam patitur difficultatem, cum in aperto sit, eos tunc non debere curare pactum matris, quod jus ois a lege tributum ad successionem avi certe auferre nequit: quod autem, quamvis matri heredes sint, non removeantur ab hereditate avita, probatur hoc argumento: jure communi reprobatum est omne pactum de non succedendo inter quamcumque prolem et patrem initam, jam autem moribus tantum receptum est pactum quo filia, dote contenta, simpliciter adeoque pro se successioni paternae renuntiat; ergo moribus invalidum manet pactum, quo filia etiam pro liberis hereditati paternae renuntiaret, nam regula est, quod juri veteri standum sit, quoties non reperitur expresse mutatum: nec obstat quod heres approbare debeat factum defuncti; quia axioma objectum sic intelligi debet, ut heres teneatur approbare factum defuncti, quatenus ex eo inducitur obligatio, vel potius quod obligationem ex facto defuncti ortam heres agnoscere debeat, sed ex pacto, quo mater hereditati patris sui pro liberis renuntiavit, nulla nascitur obligatio, siquidem tam de moribus, quam de jure Romano sit illicitum et invalidum. Eodem modo responderi debet ad aliam regulam juris scilicet: ex qua persona quis lucrum sentit ejus factum praestare debet.

Objicitur tamen, quod si testator disposuerit de re heredis sui, v. g. eam vendiderit, debeat heres hoc factum approbare, ex quo inferunt, quod approbare etiam debeat, si disposuerit de hereditate heredi suo acquirenda, ut in casu: sed respondetur quod dum testator disponit actu inter vivos de bonis heredis, v. g. ea vendit, tunc ex illa dispositione obligationem contrahit, quae transit ad heredem, ac vi cujus rem suam vindicare prohibetur: ast mater renunciando hereditati paternae pro liberis suis, nullam contrahit obligationem, cum renunciatio nulla sit et irrita; ergo nec heredes ejus ulla obligatione tenentur, vi cujus abstineant se e successione avi; nam licet pleraque pacta favore nuptiarum moribus recepta sint, non tamen protinus inferendum, etiam valere pactum de quo in casu nostro, cum id nullibi expressum reperiatur, et in dubio semper juri veteri standum sit.

Caeterum si alicubi locorum expresse receptum sit pactum, quo filia dote contenta, non tantum pro se, sed etiam pro liberis renuntiet successioni paternae, dicendum etiam nepotes ibi ab hereditate avita excludendos, si matri heredes existant.

§ XIII.

Ultima tandem pactorum divisio, eaque valde notabilis est, in ea quae sunt *in rem*, et *in personam*, seu in *realia* et *personalia*: pactum *reale* fit quando quis non tantum sibi, sed et aliis, quorum obligationem dissolutam esse ipsius interest, per pactum consultum vult: *personale* est, quando quis sibi tantum, vel certae altori personae per pactum consulere vult, v. g. si paciscar, ne a me quoad vivam creditor petat, vel ne a me petat, sed bene ab heredibus meis, aut etiam ne a me, neve a primo meo herede petat.

An autem pactum sit in rem, an in personam, id magis colligi debet ex mente contrahentium, quam ex verbis (*L.* 7 §. 8 *ff. h. t.*): in dubio autem magis reale censendum est, quia quisque paciscendo non tantum sibi, sed et heredibus et omnibus, quibus sua interest pactum prodesse, velle consulere intelligendus est (*L.* 9 *ff. de probat.*); unde si conventum fuerit, ne petas a me quod tibi debeo, et aliunde non appareat quod pactum ad meam personam restrictum fuerit, dicetur reale non personale: nec facit quod persona mea pacto inserta sit, nam ut ait J. C., plerumque persona pacto inseritur, non ut personale fiat, sed ut demonstretur persona cum qua paciscimur (*L.* 7 §. 8 *ff. h. t.*, addo *L.* 40 *princ. eod.*). Itaque ut pactum dicatur personale, debet id expressum esse, aut clare de eo constare, veluti si adjiciautur particulae *tantum*, *duntaxat*, *quoad vives*, *sed bene ab heredibus*, aut his similes.

Digitized by Google

§ XIV.

His generaliter circa pacta in rem et in personam expositis, videamus jam ex professo quibus prosint, quibusque noceant. Et quod attinet pacta personalia, id in universum et sine distinctione obtinet, quod prosint soli paciscenti, vel illi cui per pactum paciscens consultum voluit (*L.*25§.1 *ff.h. t.*). Objici tamen posset sequens argumentum: finge quod mandaverim tibi, ut Maevio pecuniam crederes; credita pecunia, tu pactus es cum Maevio de non petendo ab ipso tantum: hoc casu non poteris agere contra me actione mandati contraria, ut restituam quod tibi abest ex causa mandati, quia pactus es cum Maevio de non petendo: tamen hoc pactum supponitur esse personale; ergo pactum personale potest prodesse altari quem paciscenti, aut ei cui per pactum paciscens consultum voluit, prodest nempe mandatori in casu proposito. Sed illud argumentum non obstat; etenim quod illud pactum prosit mandatori, hoc non fit directe ex pacto personali de non petendo, sed indirecte: nempe mandatum est contractus utrimque obligans, unde non potes me adigere ad illius implementum, nisi prius illud ex parte tua adimpleveris; unde ut possis a me exigere quod tibi abest ex causa mandati, debes mihi cedere actiones, quae tibi competebant adversus Maevium, alies repelleris exceptione cedendarum actionum, ut apparet ex *L.* 95 §. 10 et 11 *ff. de solut. et lib*: jam autem in casu tu mihi cedere non potes actionem efficacem adversus Maevium, nam cum pactus sis de non petendo, non potes adversus eum efficaciter agere, igitur tu ex eo quod non adimpleas contractum ex tua parte repellendus es, non quidem exceptione pacti, quod duntaxat efficit quominus contractum implere possis; unde indirecte et per consequentiam tantum etiam mihi in isto casu prodest pactum personale debitoris, non vero directe, nos autem non negamus pactum personale unius alteri prodesse posse per consequentiam. Sic postquam beneficium ordinis a Justiniano introductum est (*Nov.*4*cap.*1), pactum personale debitoris per consequentiam fidejussori quoque prodest; dum enim adversus ipsum creditor aget, hic ipsi opponet beneficium ordinis seu excussionis, sed cum obstante pacto personali de non petendo, creditor reum principalem exequi non possit, tutus erit fidejussor. Nec dicatur quod ex eo quod beneficium ordinis cessat, dum debitor principalis est absens aut insolvendo, etiam cessare debeat in casu mox allato, eo praetextu quod quando creditor cum debitore pactus est de non petendo, non plus ab ipso consequi possit, quam si absens aut insolvendo foret: ratio enim disparitatis in promptu est, quod ubi reus principalis est absens vel insolvendo, tunc ex facto creditoris non proveniat, quod debitor conveniri non possit, quapropter tunc concessum est creditori ut contra fidejussorem ageret, ne ex casu fortuito, cui nullam ipse occasionem dedit, damnum pateretur: ast quando creditor cum debitore pactus est de non petendo, ex proprio creditoris facto oritur quod reum principalem convenire non possit, illud vero fidejussori nocere non debet. Si tamen fidejussor renuntiaverit beneficio ordinis, tum illi nequidem per consequentiam proderit pactum personale debitoris de non petendo, ut facile erui potest ex antedictis: nec obstat quod in casu mandatoris antea explicato pactum debitoris mandatori semper prosit per consequentiam, adeoque et fidejussori prodesse debeat, cum fidejussor et mandator aequiparentur; etenim diversitatis ratio est, quod mandatarius non possit convenire mandatorem, nisi cessis contra debitorem actionibus, propterea quod mandatum sit contractus utrimque obligans, at creditor non debet cedere suas contra reum principalem actiones fidejussori, ut hunc efficaciter convenire valeat, siquidem creditor fidejussori nullo modo obligatus sit ex contractu fidejussoris: aliud tamen remedium habebit fidejussor, nempe postquam solverit creditori, solutum repetere poterit a reo principali, unde ex post facto apparebit, pactum personale in hoc casu vix aut ne vix quidem ipsi debitori prodesse, cum inquam statim a fidejussore conveniendus sit.

Transeamus ad pacta in rem: circa haec notanda famosa Juris Romani regula (nostris moribus incognita), quod *sicuti nemo alteri paciscendo vel stipulando obligationem, ita nec liberationem acquirere possit* (*L.*73§.*ult.ff.dereg.juris*), cujus ratio est, quod voluerint Romani, ut quisque per pacta sibi ipsi tantum consuleret: ex hac ipsa jam ratione profluit a regula exceptio, *nisi paciscentis intersit*, dum enim paciscentis interest, constat eum alteri pacto suo prodesse posse, quia tunc non tam alienum, quam suum proprium commodum quaerit.

His praenotatis, pacta realia, de quibus hic praecipue agitur, prosunt paciscenti et heredibus ejus, utpote quoad ea quae juris sunt, personam defuncti repraesentantibus. Pacte autem juris esse, vel ex eo apparet, quod obligationes ex iis ortae omnes effectus civiles admittant, praeter actionem: dein conventiones ad hoc sunt comparatae, ut quisque non tantum sibi, sed et heredibus faveat; sed dicet quis, quid interest defuncti pactum suum heredibus prodesse? nempe eatenus interest, quod ob acquisitam liberationem heredes facilius hereditatem sint adituri, siquidem isto debito non amplius sit onusta hereditas: jure autem Romano favorabile admodum habebatur supremam alicujus voluntatem exitum habere, indecorum vero erat alicujus hereditatem repudiari, sive haec ex testamento, sive ab intestato delata foret; et sic maxime defunctorum interera heredibus pacta sua prodesse.

Digitized by Google

§ XV.

Occurrit bic quaestio, an quis paeisceodo possit consutere uni heredum taotum, quo circa jure digestorum distinguendnm est ioter paetum liberatorium, et pactum obligatorium; *pacto obligatorio* aliquis oni heredum duntaxat coosulere oon potest, sieuti oec stipulatione, qua quis uni heredum aequirere vellet (*L.* 137 *§.ult.ff.de verb.oblig.*): ratio est quod omnis ohligatio, quae incepit a defuncto (*L.XII.Tabb.*), ad heredes transire, et inter eos pro portione hereditaria dividi debeat ipso jure, modo divisionem recipiat. Caeternm potest quis nni herednm tantum factum stipnlari, v.g. sibi et primo beredom domum aedificari, fossam fodiri etc. *seiendum est*, inqoit *J. C. in d.L* 137 *§ ult.*, *cum quid fieri stipulamur*, *etiam unius heredis personam recte comprehendi*. Pacto autem liberatorio potest quis uni heredum tantum consulere, v.g. ita pacisci potest, baec 10 quao debet oa a se, oeve a primo herede petantur (*L.*33 *ff.h.t.*); cujus conventionis bic erit effectus, ut si ereditor adversus primnm heredeio agat, repellendus sit exceptione paeti, nil tamen eum probibeat, quominus adversus secnndum heredem experiator, non quidem ad iotegra 10, sed taotum ad 5; ratio hujus est quod hic nihil fiat contra *L.XII.Tabb.*, quao statuit ut quaevis obligatio defuoeti, tam passiva, quam activa inter eoheredes pro portione bereditsria dividatur, modo sit dividua; oam conformiter huic juri io speeie allata, obligatio ad 10 dividitur ipso jure inter dnos heredes, sic ut quisque teneatur ad 5, oeque pactum, oe a primo herede petatur, istam obligationis divisionem impedit, sed tantum efficit, nt obligatio ad 5, quae ad primum beredem transit, apud hunc sit sine effeetu; siquidem ipse creditorem adversus se agentem exeeptione pacti possit repellere, quae tamen exeeptio secundo heredi acquisita ooo est. Sic etiam quando testator pluribus institntis heredibus, uni herednm legat, v.g. 100 quae Maevius sibi debet, oil fit contra *L.XII.Tabb.*; quoniam revera aetio, quae testatori competebat adversns Maevium, ipso jure dividitur inter beredes pro portionibus hereditariis, sed beredi, cui illa 100 legata sunt, competit aetio ex testameoto adversus coheredes, ut sibi eedant actiooes, quas habent adversus Maevinm. Adde quod pacta liberatoria ooo a jure eivili, sed praetorio regantur, et proiode quod ad illa attioet nequidem attendenda sit *L.XII.Tabb.* Haec snfficiant de hac quaestione mere seholastiea, praeterea eum post *L.unic.cod. ut aetion.ab hered.* etc. tam paeto obligatorio, quam liberatorio oni beredum tantum consuli possit, in vanum diutius buic immoraremur.

§ XVI.

Pactum filii vel servi prodest etiam patri vel domino (*L.*17*§ ult.*, *L.*18 et 19 *ff.h.t.*), idque ideo quia receptum est, nt per eas personas, quae potestati nostrae subsunt, conditio nostra melior fieri possit, licet tamen deterior fieri ooo valeat (*L.*133 *ff. de reg.jur.*, *L.*a3 *cod.h.t.*).

§ XVII.

Pactum in rem debitoris prodest fidejussori (*L.* a1 *§.ult. ff.h.t.*), quia nostra interest ut fidejussor liberetnr, propter actionem mandati vel oegotiorum gestorum, quam adversus nos habiturus esset, si solveret; unde si fidejnssor regressum non habeat adversus reum priocipalem, puta si pro invito fidejusserit, aut animo donandi, rei prineipalis conventio illi nihil proderit, cessante scilicet dicta ratione.

Sed quaeri bic potest, an valeat pactum, quo rens sine sua persona paeiscitnr, ne a fidejussore petatur, qui est casus *L.* 27 *§.*1 *ff.h.t.*; ubi refertur, quod quidam id fidejussori ooo prodesse potarent, quia cum per hoc ipse reus prineipalis nullam acquireret exeeptionem, diccbant obtinere regulam, quod libera persona alteri personae extraneao pacisci oon posset, sed tamen ut iu *d.L.* patet, contrarium obtinnit, quooiam hoc casu debitor sibi potins, qnam alteri consulere videtur; interest enim ipsius unum tantum et non plures creditores habere, cum semper gravior sit conditio ejus, qui plures ereditores habet (*L.*4 et 5 *princ.ff.de sol. et liber.*), jam autem si fidejussor oon sit liberatus, debitor babebit duos creditores loeo unius; ipse enim fidejussor creditor conditionalis est, cum casu quo solverit, actio ei competat adversus reum prineipalem; mox antem ae fidejnssit causam et originem istius obligationis posuit.

Non sieuti pactum in rem debitoris prodest fidejnssori; ita viee versa paetum fidejussoris prodest reo prineipali, quia cum fidejussor liberatus sit, nil ejus interest rei prineipalis dissolvi obligationem (*L.*a3 *ff.h t.*); ob eandem rationem nec pactum fidejnssoris confidejussoribus proderit (*d.L.*23), qui tamen beneficio divisionis uti poterunt contra ereditorem, si solidum ab eis petat, quia hie illos invitos jure suo privare neqnivit, si tamen fidejussori debitum accepto latum fuerit, hoc proderit reo prineipali (*L.* 13 *§.* 7 *ff. de acceptilatione*); item confidejussoribus, quia acceptilatio ipso jure tollit omnem obligationem sicut solutio, ita ut nulla amplius creditori actio maneat; igitur sicut reus prineipalis liberatur per solutionem fidejnssoris, ita etiam per acceptilationem, quae imaginaria solutio est: ast paetum exceptionem tantum parit, quae nisi opponatur effectum non sortitur, quare Paulus in *L.*27 *§.*2 *ff. h t.* dicit *in pactis factum versari*, oimirum quia illa vim suam tantum exerunt, eum opponnotur, quae oppositio in facto consistit; haec si ita sint: pactum fidejussoris prodesse ooo potest reo priocipali, siquidem eo non obstaote actio creditori con-

Digitized by Google

tra ipsum salva maneat, quam elidere non potest per exceptionem pacti, quia ipse pactus non est de non petendo, nec etiam fidejussor per pactum ipsi exceptionem acquisivit, cum fidejussoris nihil interesset.

Ab eo quod generaliter diximus, pactum fidejussoris non prodesse reo principali excipe, si fidejussor in rem suam spoponderit, v. g. pro procuratore suo: hoc enim casu illius interest reum liberari, adeoque ejus pactum reo proderit, imo cum reo factum esse videtur (*L.* 24 *ff. h. t.*): sed quamvis fidejussoris pactum regulariter reo non prosit, scilicet ad exceptionem pacti, reo tamen doli exceptio dabitur, si fidejussor nominatim paciscatur, ne a reo quoque petatur, idem et in confidejussoribus obtinet (*L.* 25 §. *ult.* juncta *L.* 26 *ff. h. t.*); competit autem potius doli, quam pacti exceptio, quia regula generalis est, quod alteri paciscendo prodesse non possimus, nisi nostra intersit istius alterius dissolutam esse obligationem; fidejussoris autem non interest reum liberari, ergo huic acquiri nequit exceptio ex pacto fidejussoris: recte tamen dicitur ipsi profuturam doli mali exceptionem, quia haec non ex pacto fidejussoris, sed potius ex dolo creditoris nascitur, cum equidem dolo faciat qui contra conventionem suam petit.

Quando debitor sub fidejussione cum creditore pactus est ne petat, et deinde rursus paciscitur, ut idem debitum petere possit, an sicuti exceptio per prius pactum quaesita pacto posteriori tollitur, ita etiam tollatur fidejussori? Respondet J. C. in *L. ult. ff. h. t.*, *verius esse semel acquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.* Et recte: dictat enim aequitas naturalis, jus alicui quaesitum ei invito non posse auferri, jam autem per prius pactum fidejussori quaesita erat exceptio: omnes enim exceptiones (reales nempe, prout in casu), quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competunt (*L.* 19 *ff. de exception.*). Fortiter tamen obstat *L.* 27 §. 2 *ff. h. t.*; sed cum ibi Paulus omnino contrarium asserere videatur, communiter antinomia admittitur inter hanc legem et *d. L. ult.* Vinnius tamen et alii existimant Paulum ibi duntaxat significare, quod sicuti exceptio debitori acquisita per prius pactum inanis redditur per posterius pactum, ita etiam exceptio fidejussori acquisita per prius pactum tollatur per posterius, non quidem ipso jure, sed ope replicationis. Caeterum quidquid de eo sit, sententiam *d. L. ult.*, utpote juris principiis conformiorem amplectimur.

Pactum in rem unius ex correis debendi seu promittendi, qui socii sunt, alteri quoque prodest, propter regulam generalem traditam in *L.* 21 §. *ult. ff. h. t.*; interest nempe etiam hoc casu paciscentis correum, utpote socium liberari, quia hic si solveret, id alteri imputaret judicio societatis: dico si sint socii, alioquin pactum unius alteri non prodesset, quoniam paciscentis nil interesset alterius dissolutam esse obligationem: acceptilatio tamen uni correorum facta indistincte liberat alterum, cum habeat vim solutionis; hinc patet, quod si correo aut fidejussori soli legata sit liberatio, legatarius ab herede liberandus sit per pactum de non petendo, non vero per acceptilationem, ne alias alter quoque correus, aut ipse reus principalis liberatus foret.

Licet autem pactum unius correorum, qui socii non sunt, alteri non pariat exceptionem pacti, tamen si expresse pactus sit, ne ab altero petatur, hic si ab eo petatur, exceptionem doli opponere poterit. Quid si creditor uni correorum debendi chirographum reddiderit? et distinguendum est utrum sint socii, vel non: si sint socii ambobus prodest haec redditio, quatenus continet tacitum pactum de non petendo, quod cum socii sint, non potest uni prodesse, quin simul alteri prosit, siquidem inter tales personas lucra et damna sint communia, et unius intersit alterum liberari: si vero socii non sint, tunc deficiente hac ratione, redditio uni facta alteri prodesse non potest, imo per illam redditionem videtur creditor illi correo, cui reddit chirographum, actionem manere adversus alterum correum (*L.* 1 *Cod. de donat.*); etenim dici non potest, quod creditor velit adhuc agere adversus alterum correum, cum nolit amplius retinere chirographum quod debiti probationem continet, non potest etiam dici, quod tacite velit utrumque liberare; siquidem tacitum pactum ex facto redditionis inducatur, factum autem creditoris nullum intercedit, nisi cum eo, cui chirographum reddidit; ergo ex illa redditione nil aliud erui potest, nisi quod voluerit creditor uni correo adversus alterum suam mandare actionem.

§ XVIII.

Videamus nunc an quemadmodum paciscendo alteri quoque prodesse possumus, ita et nocere: hic iterum attendenda regula generalis, nempe quod per pactum nostrum alterius conditio deterior fieri non possit, *ante omnia*, inquit Paulus (*L.* 27 §. 4 *in fine ff. h. t.*), *animadvertendum est ne conventio in alia re facta, aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat*: sed et hoc suas patitur exceptiones: cum autem paulo ante de correis egerimus, examinemus hic primo, an unus correorum credendi seu stipulandi paciscendo, ne a debitore petat, alteri correo nocere possit? quod absolute negandum est, licet hoc casu nonnulla sit differentia inter correos credendi socios et alios; si enim socii sint, correo, qui pactus non est agendi, obstabit exceptio pro media parte; hanc enim mediam partem si acciperet, alteri judicio societatis restituere deberet, jam autem alter, utpote pactus de non petendo, nihil amplius in isto debito pretendere potest: agens autem mediam partem quam

consecutus fuerit integram sibi retinere poterit, ne per pactum alterius ejus conditio reddita sit deterior, et alter sibi imputet quod tale pactum iniverit: si vero correi credendi socii non sint, non obstante pacto unius de non petendo, alter nihilominus solidum exigere poterit, licet contrarium diceremus casu, quo unus acceptilasset, aut debitum novasset, quoniam bis modis obligatio ipso jure tollitur(*L.*2 *ff.de duobus reis*, *L.*31 §.1 *ff.de novat*).

Aliam exceptionem habemus in *L.*7 §.17 et *ult. ff.h.t.*, nimirum si jacente hereditate debitoris cujusdam oberati, scriptus heres paratus sit adire hereditatem, si creditores pacisci veliut de parte debiti remittenda. Imprimis si omnes creditores in unum conveniaut consentiantque, ut pars debiti remittatur, non est dubium, quin pactum illud omnes adstringat, cum omnes consensum praebuerint. Sed quid si aliqui dissentiant? tunc ex rescripto divi Marci praetor partes suas interponet, et decreto suo sequetur majoris partis voluntatem (*d.L.* 7 §.*ult*); itaque illud pactum nocebit non tantum paciscentibus, sed et aliis creditoribus, licet renitentibus: hanc benignitatem commendabat utilitas plurium creditorum, iniqnumque putabatur paucorum avaritiam aut stultitiam caeterorum commoda morari. Majorem autem partem accipere debemus pro modo debiti, non pro numero personarum, ita ut si uni 1000, et aliis octo debeantur 800, puta cuilibet 100, ille cui 1000 debentur majorem partem solus constituet. Quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium creditorum uumerus praefertur, ita ut si uni 1000, et aliis duobus etiam 1000 debeantur, tunc duorum sententia praevaleat: si vero sit tum par debitum, tum par numerus creditorum, tunc obtinebit sententia eorum, qui dignitate potiores sunt; si taudem omnia uudique in unam aequalitatem concurrant, tunc humanior sententia, ea, quae pro debitore facit, a praetore eligenda est. Si contingat ut plures eandem actionem habeant, v. g. si sint duo correi stipulandi, illi loco unius habebuntur, cum unicum sit debitum: idem dicendum, si plures sint unius pupilli tutores, ob eandem rationem (*L.*9 *princ. ff.h.t.*); sed et si adsit unus tutor nomine plurium pupillorum, qui unum et idem debitum praetenduut, puta summam, quae patri eorum a debitore defuncto debebatur, placuit eum non plurium, sed unius tantum loco esse; licet enim aliquo modo dici posset istud debitum, quod antea unicum et simplex erat, abiisse in tot debita quot sunt pupilli, tamen ut dicit J. C. in *d. L.* 9, cum difficile sit, ut unus homo plurium vicem sustineat, praevaluit ut tutor de quo agitur pro una duntaxat persona numeraretur: eodem modo si quis ex creditoribus plures actiones habeat, nihilominus plurium personarum loco uon accipietur (*d. L* 9). Si jam aliqui creditores sint absentes, an exemplum praesentium sequi debent? affirm. *L.*10 *princ.ff.h.t.*, modu tamen vocati fuerint, ne alias ipsis injuria fieri videatur, et hoc ita verum est, ut ipsi creditores privilegiarii, qui tamen hypothecas non habent, exemplum praesentium sequi debeant, imo ipse fiscus, in illis casibus in quibus hypothecas non habet, sed tantum privilegium, exemplum majoris partis sequi debet (*d. L.* 10), cui tamen obstare videtur *L.*58 §. 1 *ff.mandati*, ubi dicitur *per pactum majoris partis non auferri creditoribus privilegiariis suum privilegium;* sed id optime conciliari potest cum *d. L.* 10; non dicimus enim quod per pactum majoris partis creditores privilegiarii suum privilegium amittant, sed tantum quod cogantur quoque partem debiti remittere, caeterum in restante parte privilegium salvum retinebunt. Quid igitur est quod J. C. in *d. L.* 58 creditores privilegiarios comparat cum iis qui pignus habent, cum tamen ex *L.*10 *ff. h. t.* certum sit eos, qui pignus babent, per pactum majoris partis nequidem pro parte pignus amittere? Scilicet non praetendit J. C. inter pignus et privilegium omnimodam dare paritatem, sed tantum haec duo in eo comparat, quod sicuti pactum majoris partis creditoribus hypothecariis actionem Servianam salvam relinquit, ita quoque creditoribus privilegiariis suum privilegium non auferat: caeterum baec adhuc remanebit disparitas, quod creditores privilegiarii suum privilegium, imo omnem praetensionem amittant pro rata portionis heredi remissae, hypothecarii vero suum pignus in integro conservent. Quod autem diximus, creditores hypothecarios pro nulla parte pignus amittere, accipi debet de casu, quo ipsi pacti non fuerunt; nam si ipsimet de remissione a parte debiti pacti fuissent, tunc pro ea parte etiam pignus amitterent. Eodem modo si is, qui fidejussorem sibi obligatum habet, pactus fuerit, hoc ipsi nocebit, non modo adversus heredem seu debitorem, sed et adversus fidejussorem: si vero reclamaverit, neque pactus fuerit, tunc ab herede quidem non nisi partem, quae praetoris decreto continetur, seu de qua major pars convenit, consequi poterit, at nil vetat quin adversus fidejussorem solidum consequatur (*d. L.*58 §.1 *ff.mandati*): nec obstat *L.* 10 *princ.ff.h t.*, ubi dicitur *omnes creditores qui hypothecas non habent exemplum majoris partis sequi debere*, quia quod dicit J. C. omnes exemplum majoris partis sequi debere, non impedit quominus in solidum adversus fidejussores agant; modo enim ab ipso herede seu reo principali solidum non petant, verum erit dicere eos exemplum majoris partis fuisse secutos: nec magis obstat vulgatum illud, liberato reo principali etiam liberari fidejussorem; nam hoc fallit quando invito creditore obtigit liberatio debitori, ut in casu: debebit igitur solidum solvere fidejussor, nec quantum ad partem, pro qua liberatus est reus principalis, opponere poterit beneficium ordinis, quod etiam toties cessat, quoties debitor invito creditore liberatus est, ut apparet in rescripto moratorio.

Digitized by Google

His, quae prius dixerat Paulus in *d. L.* 58, quod pactum majoris partis creditorum non noceret creditori non consentienti et adversus fidejussorem agere volenti, subjicit, quod si tamen creditor ille ab herede partem acceperit, ipsi permittendum non sit in reliquum fidejussorem convenire, quoniam ipse, conveniendo heredem, ad partem decreto contentam consensisse videtur; alias enim potuisset simul et semel fidejussorem in solidum convenire: hoc autem quidem verum est inspecto jure digestorum, quo incognitum erat beneficium ordinis, id est eo jure licebat creditori pro libitu vel reum principalem, vel fidejussorem convenire, ast inspecto jure a Justiniano in *Nov.* 4 *cap.* 1 introducto, videtur hanc Pauli sententiam non amplius locum habere posse, cum enim ibi Justinianus statuat quod fidejussores conveniri non possint, nisi excusso prius reo principali, non potest amplius videri decreto consentire is, qui ab herede partem accepit, si quidem a fidejussore totum consequi non potuisset obstante ei quoad illam partem beneficio ordinis.

Notandum, hue usque dicta de pactione majoris partis creditorum non extendenda esse ad casum, ubi cum ipso debitore pacisceretur, sed tantum locum, ut diximus, habere dum agitur de invitando herede debitoris ad adeundam hereditatem, cum enim illud de ipso debitore nullibi expressum reperiamus, imo potius contrarium invenimus in *L.* 25 *Cod. h. t.*, ubi dicitur *debitorum pactionibus creditorum petitionem nec tolli nec mutari posse*, standum hic erit generali principio, quod alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat.

Exceptionem tamen habemus in *L. ult. Cod. qui bonis cedere possunt*, ubi licet de ipso debitore agatur, tamen sententia majoris partis creditorum minori nocet, nempe si quidam ex creditoribus inducias quinquennales, id est quinquennale spatium ad solvendum debitori concedere velint, quidam vero malint praesentem bonorum cessionem accipere, statuit Justinianus, ut major pars vincat, majorem autem partem eodem modo, ac in superiori exemplo accipi vult, nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores hac in re observanda.

§ XIX.

Hoc ultimo § videbimus quinam paciscì possint, et generaliter pacisci licet omnibus, qui consentire possunt, nisi specialiter prohibeantur: prohibentur autem servi, qui ut omnis juris civilis expertes, ita nec pacisci possunt, nisi in rem domini, quia tunc non tam ipsi servi, quam domini per servos pacisci videntur? Defectu consensus pacisci non possunt mente capti, neque furiosi, nisi in dilucidis intervallis (*L.* 2 *Cod. de contrah. empt. vend.*): furiosis vero recte comparaveris prodigos, cum secundum Pomponium in *L.* 40 *ff. de reg. jur.* furiosorum vel eorum, quibus bonis interdictum est, nulla sit voluntas, et secundum divum Pium prodigi quod ad bona sua attinet furiosum faciant exitum (*L.* 12 §. 2 *ff. de tutor. datis*), tales nempe personae, nullum neque modum, neque finem impensarum habent, sed bona sua dilacerando, et dissipando perdunt, ideoque consulendum fuit illis ne ad egestatem redigantur: haec tamen adhuc inter furiosum et prodigum manet differentia, quod furiosus neque sese aliis, neque alios sibi obligare valeat, cum furor sit mentis ad omnia caecitas, prodigus vero paciscendo alios sibi obligare valet imo et se obligare aliis, sed hoc ultimum non aliter, quam interveniente curatoris auctoritate, infans quoque ob defectum consensus pacisci nequit. Pupillus vero infantia major sine tutoris auctoritate paciscendo conditionem suam meliorem quidem, sed non deteriorem facere potest, itaque si pupillus paciscatur ne a debitore suo petat, aut ne intra certum tempus, veluti quinquennium petat, nec tutoris adhibeat auctoritatem, ratum non habebitur pactum conventum (*L.* 28 *princ. ff. h. t.*); item si pupillus alicui 100 promiserit, omni effectu destituetur ejus promissio, ita quidem ut, si solverit, possit repetere per conditionem indebiti (*LL.* 29 et 41 *ff. de cond. indeb.*)

Quaeritur an minores 25 annis sine curatoris auctoritate paciscendo, vel stipulando se obligare possint? et hic in diversa abeunt interpretes, veriorem tamen putamus sententiam eorum, qui contendunt minorem curatorem habentem sine ipsius auctoritate non obligari: fundatur haec sententia in *L.* 3 *Cod. de in integr. rest.*, ubi rescribunt Impp. Diocletianus et Maximianus venditionem a minore 25 annis curatorem habente factam servari non debere, sed si curatorem non haberet, opus esse restitutione in integrum, argumento evidentissimo quod primo casu, quo nempe curatorem habet, venditio fuerit ipso jure nulla, et adeo quod minor sine curatoris auctoritate obligare se non possit. Confirmatur ex eo quod ibi dicant Impp. minorem curatorem habentem non absimilem esse ei, cui bonis interdictum est, qui sane si se alteri obligaverit, nil agit (*L.* 6 *ff. de verb. oblig.*): qui contrariae sententiae subscripserunt moti fuerunt per *L.* 101 *ff. de verb. oblig.*, in qua dicitur *puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari*. Sed *d. L.* 3 ita eorum opinionem evertit, ut pro *d. L.* 101 alia interpretatio quaerenda sit, dicimus itaque J. C. ibi non velle quod minores sine consensu curatorum suorum obligari valeant, sed tantum sine praesentia, in quo different curatores a tutoribus, qui in ipso negotio absolute praesentes esse debent, et ibi intelligere quid cum pupillo agatur, nec per epistolam, aut nuntium auctoritatem suam possunt interponere, et sic explicando illam legem nulla erit pugna inter has leges: minus obstat *L.* 43 *ff. de oblig. et action.* ubi dicitur, *obligari potest paterfamilias, suae potestatis pubes*: nam illa lex praecise nostram sententiam confirmat, nam per

verba *suaepotestatis*, certo excluduntur illi, qui curatores habent, non possunt enim sic accipi illa verba, quasi per hoc J. C. vellet significare, se loqui de iis, qui non sunt amplius sub patria potestate, nam hoc sufficienter insinuaverat dicendo *paterfamilias*, et ideo si sic acciperemus sequentia verba inutilia forent, quod praesumendum non est.

Quod mores nostros attinet, res indubitata est, minores 25 annis obligari se non posse, eo quod minores nostri omnes in tutela sint, et hoc adeo verum putamus, ut nequidem ex sponsalibus sine consensu tutorum initis eos obligari existimemus; jure enim veteri apparet ad contrahenda sponsalia necessariam fuisse tutoris authoritatem, ut videri potest in *L.6 ff. de spons.*, jus autem illud nullibi reperitur correctum; *tridentinum* quidem (*Sess.* 24 *de reform*) multa circa matrimonium innovavit, sed quoad consensum ad sponsalia requisitum nihil in eo immutatum est.

TITULUS XV.

DE TRANSACTIONIBUS.

§ I. Quid sit transactio.
§ II. Quid juris quando nodo pacto inita est.
§ III. An in transactione praestanda sit evictio.
§ IV. Quomodo differat transactio quae transit in contractum innominatum, et alius contractus innominatus.
§ V. De transactione facta mediante stipulatione.
§ VI. Quinam transigere va eant.
§ VII. An transactio personas transigentium egredi possit, qua occasione traditur differentia inter transactionem et rem judicatam.
§ VIII. Transactionem non excedere negotia, dequibus componendis actum non est, demonstratur.
§ IX. Et ideo esse strictae interpretationis.
§ X. Quaenam constituant materiam transactionum.
§ XI. De quibus pacisci non liceat.
§ XII. Et speciatim de oratione divi Marci circa alimenta testamento relicta.
§ XIII. Possit ne transigi super relictis testamento non visis tabulis.
§ XIV. An super criminibus transigi liceat.
§ XV. De effectu transactionum.
§ XVI. An rescinditur transactio propter enormem laesionem.
§ XVII. An rescindi poterit si nulla res media fuerit.

§ I.

Transactio definiri potest, conventio non gratuita super re dubia: dicitur *conventio*, quia fit consensu partium, et ita distinguitur a sententia, quae etiam in invitum redditur; dicitur *non gratuita*, quoniam transactio procedere non potest, nisi aliquo dato vel retento vel promisso (*L.* 31 *Cod. h.t.*); additur *super re dubia*, quia super re certa transactio fieri nequit: nec obstat quod in *L.* 31 *Cod. h. t.* dicatur pactum transactionis de certa re interpositum; nam ibi verbum *certa* significat *aliqua*, sicuti certum hominem dicimus pro quodam homine. Aliqui definitioni mox datae addunt *ratione litis motae vel movendae*, quasi res dubia super qua transigitur debeat esse talis, ut super ea vel lis moveatur, vel saltem moveri possit; sed quamquam ordinarie de talibus rebus transactiones fiant, tamen etiam de rebus alia ratione dubiis interponi posse manifeste liquet ex *L.* 11 *Cod. h. t.*, quam sub titulo de pactis exposuimus, et ex *L* 8 § 23 *ff. eod.* et variis aliis; merito igitur in definitione transactionis verba superius dicta omisimus: ex dictis patet transactionem a caeteris pactis in duobus differre; nempe primo in eo quod caetera pacta possint esse gratuita, non vero transactio; et secundo in eo quod caetera pacta super rebus certis fieri valeant, transactio autem non nisi super rebus dubiis.

§ II.

Transactio non semper stat in terminis nudi pacti, sed aliquando transit in contractum innominatum, aliquando etiam per stipulationem firmatur: tunc vero in terminis nudi pacti stare dicitur, quando, v. g. pure et simpliciter inter nos convenit, ut a lite, quam mihi intentare cupis, discedas, et propter hoc ego tibi dem 100, tali autem casu si tu actor transactionem servare non velis, id est si nihilominus adversus me pristinam litem intentes, habebo ego exceptionem pacti sive transacti negotii; praetor enim edicto suo promittens se pacta conventa servaturum, simul se transactiones servaturum promisit, ut adeo mirandum non sit ad hunc titulum nullum extare edictum praetoris, quippe quo opus non fuit, cum hic titulus sit pars edicti de pactis conventis.

Ex dictis facile intelligitur, quod vulgo dicitur, transactionem habere vim rei judicatae, talem nempe habet ex parte rei in ordine ad finiendam litem; nam sicuti ex re judicata datur reo exceptio rei judicatae contra actorem, qui reum iterum convenire vult ex causa super qua judicatum est, ita etiam ex transactione ipsi competit exceptio transactionis (*L.* 17 *Cod. h. t.*, *L.* 21 *Cod. de pactis*): porro ex parte actoris transactio vim rei judicatae non habet; nam ex re judicata datur actio judicati, non vero ex transactione, si tamen reus transactionem implere nolit, tali casu actor litem, super qua transactum fuerat, instaurare debet, movendo nempe pristinam actionem; nam si tunc reus exceptionem transacti negotii opponat, huic actor replicare poterit, aequum non esse ut servare ipse debeat eam transactionem, quam alter servare recusat, et sic reus compelletur vel transactionis placito stare, vel pristinam litem suscipere (*L.* 28 *Cod. h. t.*): nota igitur, quod ut reo utilis exceptio transactionis competat, debeat esse paratus adimplere quae ipse promisit.

Transactio transit in contractum innominatum, quotiescumque ab uno latere impleta est; tunc enim

conventio desieit esse nuda, cum causam habeat, et adeo ei, qui adimplevit, datur adversus alium actio in factum seu praescriptis verbis, ut ex sua quoque parte transactionem adimpleat (*L.* 33 *cod. h. t.*, *L.*6 *eodem*), cujus hic est casus: mulier quaedam moverat quaerelam inofficiosi testamenti coetra heredem scriptem, sed postea cum ipso transegerat ac a lito discesserat, ea lege ut partem bonorem susciperet; rescribit imp. Alexaeder ad illius mulieris liberos, rationem juris non pati, ut semel omissa quaerele ab ipsis instauraretur, quamvis sint beredes matris, quia nempe mater quaerelam omittendo huic reeuntiasse intelligitur: caeterum iequit idem imperator, si scriptus heres fidem fallat, nec praestare velit partem boeorum, de qua conventum fuerat, poteritis actione praescriptis verbis contra ipsum agere ad id quod interest: cur ita? quia nempe mater querelao tacite renuntiando, conventionem ex sua parte adimpleverat, et sic transactio, quae antea ie nudis stabat pacti terminis, transiverat in coetroctum innominatum, unde ei qui adimpleverat dari eecesse erat actioeem ie factum seu praescriptis verbis adversus alium; ende notari potest quod quoticscumque unus traesigentiem propter transactionem actionem suam amisit, toties eam ex sua parte adimplevisse videatur. Hinc jam quoque patet resolutio *L.*33 *cit.* ubi profuedo, quem quis petebat, certum alium fundum, eumque liberum dari traesactionis causa placuerat, traditusque fuerat, dicitur, quod si appareat fuedum illum alienum esse, vel oneri hypotbecae subiectum, is cui transactionis causa traditus fuerat adversus alium praescriptis verbis agere possit; cujus ratio iterum est quod, istum fundum accipiendo, remiserat totum jus quod ad fendum litigiosum babere potuisset, et sic transactionem pro sua parte adimpleverat; sed alter noe impleverat, utpote qui loco fundi ab omei oeere liberi fundum alteri bypotbecatum, vel etiam alienem dederat; unde conveniebat accommodari contra eum actionem praescriptis verbis ad interesse, quam si velis actionem de evictione appellare potes.

§ III.

Hac occasione quaestio oritur, an ex causa transactioeis competat actio do evictioee? Quo circa distingui debet, etrum evieatur res, quae data fuit ut lis finiretur, an vero illa super qua lis movebatur: priori casu praestari debet evictio, ut patet ex casu mox allato, cum is qui alteri rem offert ut litem componat, certo videatur ipsi promittere, quod in eum translaturus sit illius rei dominium; alias enim alter transigere non vellet: posteriori vero casu actioni de evictioee locus non est; nam is qui aliquo recepto patitur rem litigiosam apud aliem remanere, non videtur per hoc illius dominium alteri promittere, sed tantum remittere omne jus, omnem praetensionem, quam ad illam rem babere posset (*d. L* 33 *cod. h. t. in fine*).

§ IV.

Uteumque saepe fieri dixerimus, ut transactio abeat in contractum ieenominatum, tamen baec inter transactionem ab uea parte adimpletam, et alium contractum innominatum ab ena parte adimpletum adhuc remanet differentia, quod in aliis detur locus poenitentiae, quamdie alter ex sua parte non adimplevit, secus vero in transactione; bocque ideo quia publice interest lites sopiri, et semel sopitas non resuscitari amplius (*L.* 19 *cod. h. t.*): si autem a transactione ex poenitentia recedere liceret, taetum abest ut per illam lites minuerentur, quin potius frequentiores fierent.

§ V.

Potest quoque transactio fieri vel mediante stipelatioee simplici, vel mediante stipulatione Aquiliana et acceptilatione: mediante stipulatione simplici dum, v. g. quis dicit *dabisne mihi* 100 *ut a lite recedam*, et alter respondet *dabo*, et tali casu nascitur inde actio ex stipulatu (*L.* 6 *cod. h. t.*): mediante stipulatione Aquiliana et acceptilatione dum, v. g. peto a te 100, quae dico mo tibi mutua dedisse, et tu eegas: adtermieandum autem negotiem inter nos convenit, ut tu mihi des 50 et ego a lite recedam; tunc enim sic facere poterimus, quando dederis mihi 50 tunc dicam *caetera* 50, *quae a te ex causa mutui petivi, dare spondes?* et respondebis *spondeo*; ibi erit stipulatio Aquiliana: postea tu dices *habesne accepta* 50, *quae tibi ex stipulatu debeo*, et ego dieam *habeo accepta*; ibi erit acceptilatio: horum autem omnium effectus erit, quod reus liberatus sit ipso jure, cum alias si tantum nudum pactum intervenisset ipsi duntaxat fuisset acquisita exceptio, et idcirco stipulatio Aquiliaea apud romanos ie transactioeibus omnino frequens erat, ut appareat ex *L.* 2 *et* 15 *ff.*, *item L.* 15 *cod. eodem.*

§ VI.

Post haec generalitor praemissa circa modos, quibus fieri potest transactio, videndum est quinam transigere valeant. Transigere autem generaliter valcet omnes, quos pacisci posse vidimus sub titulo de pactis, id est omnes qui liberam habent bonorum suorum administrationem; bic tamen unam, vel alteram quaestionem instituere juvat; et quidem an tutor, vel curator transigere possit de re pupilli vel minoris? distinguendum est inter res mobiles et immobiles: super rebus mobilibus tutor vel curator indistincte transigere potest, modo tamen jus liquidum non remittat, quia si boc faceret non tam transigere, quam patrimonium pupilli diminuere et di-

Digitized by Google

lapidare videretur: super rebus vero immobilibus, vel mobilibus quae jure immobilium habentur, tunc tutor vel curator transigere nequit sine decreto praetoris, bac ratione quod transactio bujusmodi speciem alienationis contineat, res autem immobiles sine decreto a tutoribus curatoribusve alienari non possunt (vide *L.* 4 *Cod. de praediis et aliis rebus minorum etc.*).

Procurator generalis bonorum, seu cui commissa est libers bonorum administratio, traosigere quoque potest (*L* 58 *ff. de procurat.*), modo tamen etiam jus liquidum domini non remittat: procurator vero ad lites, sive geoersliter ad illas datus sit sive specialiter ad unsm litem, nunquam transigere potest, non magis quam dux belli pacem componere; adhibitus est enim ad lites agendas, non ad transigendas sive porimendas (*L.* 7 *Cod. h. t.*), quo etiam spectare debet *L.* 6u *ff. de procurat.*

§ VII.

Generalis regula est, quod transactio personas transigentium non egrediatur, et adeo nunquam nocet vel prodest, nisi ipsis transigentibus, nec mirum: transactio enim vere est pactum, pactum autem, ut vidimus sub titulo praecedenti, non poterat generaliter loquendo neque prodesse, neque nocere aliis quam paciscentibus (*L.* 73 §. *ult. et* 73 *ff. de reg. jur.*, *L.* 27 §. 4 *in fine ff. de pactis*): hinc unimadverti potest differentia inter transactionem et rem judicatam; nempe jam vidimus, quod ex re judicata detur actio, non vero ex transactione, sed et haec jam datur differentia, quod res judicata aliis prodesse vel nocere possit quam inter quos jodicatum est; transactio vero non aliis, quam inter quos transactum est; binc si heres in testamento scriptus et proximus ab intestato inter se litigent, et judicetur testamentum esse nollum, boc nocebit legatariis, qui jam ad sua legata pervenire non poterunt; si tameo heres scriptus cum legitimo transigisset, et aliqua pecunia ab eo accepta ipsi cessisset bereditatem, hoc legstariis nequaquam noceret, sed nibilominus sua legata integra consequi potuissent.

Alia exempla si desideres, ex quibus probatur transactionem tantum jus facere inter transigentes, caeteris vero nec obesse nec nocere, talia passim in *ff.* et *Cod.* occurrunt; sic in *L.* 1 *Cod. h. t.* dicitur, quod is qui tres curatores habuerat et cum duobus ex ipsis transegerat, nempe super redditione ratioonm, tertium conveoire nibilominus non prohibeatur; sic quoque in *L.* 3 *Cod res inter alios* etc. cuidam mulieri, quae cum fratre suo matri successerat. respondent Impp. quod frater ejus cum debitoribus hereditaria paciscendo, obligationem pro hereditaria parte ipsi quaesitam extinguere non potuerit; vide quoque *L.* 2 *Cod. eod.* Hinc etiam intelligitur *L.* 3 *princ. ff. h. t.*, quae talis est: Titius, matre exheredata extraneum heredem instituit, mater agit querela inofficiosi testamenti contra heredem scriptum, et tunc transigunt inter se, et conveniunt ut mater, accepta media parte hereditatis, a querela discedat, quaeritur an et a quo legatarii sua legata consecuturi sint? Respondet Scaevola, quod *quidquid ex testamento petunt scriptum heredem convenire debent, qui in transactione quam fecit aut cavit sibi pro oneribus hereditariis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre*, id est non debet propterea velle immutare jus legatariorum; ratio nempe decidendi in eo iterum posita est, quod transactio personas transigentium egredi non possit, eamque ipsam rationem refert Scaevola in *princ. d. L.*, ubi dicit *Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt, privatis pactionibus non dubium est non laedi jus caeterorum*, cui consequens est, quod per transactionem inter matrem et heredem scriptum initam immutari non potuerit jus, quod habebant legatarii conveniendi heredem scriptum ad sua legata acquirenda: nec obstat, quod cum propter transactionem heres scriptus tantum partem bonorum retineat, pro ea tantum parte conveniri debeat propter regulam, quod legatarii debeant convenire heredes pro qua parte heredes sunt; quia non obstante illa transactione heres scriptus in solidum ipso jure heres manet, et tantum vi pacti conventi pars bonorum translata est in matrem querelantem; hoc autem impedire non potest, quominus legatarii suam actionem salvam adversus heredem scriptum pront ante retineant, quia ut dicit lex, privatis pactionibus non laeditur jus caeterorum: quod autem heres scriptus in solidum adbuc remaneat heres probatur ex eo, quod transactio non sit modus quo testamenta rescinduntur, qood fieri non potest nisi per sententiam judicis (*L.* 29 § 2 *ff. de inoff. testam.*); si ergo non fuerit rescissum, heres scriptus mansit heres, si manserit heres, integra legata solvere tenetur. Objicitur, quod si testamentum per querelam pro parte rescissum fuerit ope nimirum sententiae judicis, legatarii partem tantum legatorum fuissent consecuti, jam autem non est minor auctoritas transactionis, quam rei judicatae (*L.* 20 *Cod. h. t.*): sed respondetur, illud quod dici solet, transactionem habere vim rei judicatae, non generaliter et per omnia verum esse, sed tantum quoad ipsos transigentes, qui sicuti a re judicata appellare non possunt, ita nec a transactione; quemadmodum igitur res judicata pro veritate babetur, ita etiam transactio, sed tantum inter partes: caeterum inter transactionem et rem judicatam plures adhuc remanent differentiae, uti antea vidimus, et haec praecipue, quod res judicata aliquando noceat aliis et prosit, transactio autem solis transigentibus, unde in casu nocere non potest legatariis.

Nota, quod tempore Scaevolae, seu jure digestorum, testamento per querelam rescisso, corruerent legata; et ideo in objectione dictum est quod

Digitized by Google

si testamentum pro parte per querelam rescissum fuisset, legatarii tantum consecuti fuissent partem legatorum correspondentem nempe parti, pro qua testamentum non fuisset rescissum; unde sequebatur, quod si transactie plenam vim rei judicatae, tam quoad alios, quam quoad ipsos transigentes haberet, in casn *L.* 3 legatarii tantum partem legatorum consequi potuissent: sed hoc negat Scaevola; licet autem propter *Nov.* 115 *Cap.* 3 *et* 4, rescisso testamento per querelam, salva manerent legata, non tamen ideo minus locum haberet potest decisio Scaevelae; nam si transactio habere eandem vim ac rescissio per sententiam judieis, deberent jure nevellarum legatarii suas actiones in easu thesis dividere inter matrem et heredem scriptum; juxta Scaevelam vero, ab herede scripto totum petere poterunt, et ideo dicit, quod heres scriptus transigens debeat sibi prospicere petendo a matre cautionem, quod pro portione ipsum relevatura sit a praestatione legatorum; quod si non fecerit sibi imputet; negligentia enim ejus aliis nocere non debet. Objicitur quod legatarii, ut consequantur legata ab herede scripto. probare debeant testamentum nen esse inofficiosum, quia sieut transactie facta inter heredem scriptum et mstrem non potuit necere legatariis, ita nec eis prodesse; jam autem si transaetio facta nen fuisset, fieri potuisset, ut suis legatis excidissent (jure nempe digestorum) sententia contra testamentum lata; sed respondetur quod legatarii non debeant respicere ad id quod factum fuisset, si sententia fuisset lata, sed ad id quod re ipsa factum est, jam autem re ipsa testamentum valuit et transactione facta in aeternum valiturum est; ergo legatarii omnino securi esse debent de suis legatis: nec tamen idcirco transactio egressa est personas transigentium; per illam enim legatarii novum jus non acquirunt, sed tantum non periclitantur amplius de jure sibi quaesito amittende. Objieitur, quod legatarii possint convenire matrem actione hypothecaria, quia legatarii habent hypothecam legalem in omnibus bonis defuncti; sed hoc in casu falsum est, cum illa hypotheca demum introdueta sit jure codieis, scilicet a Justiniano in *L.* 1 *cod. communia de legatis*, unde cum necdum obtinuerit jure digestorum, de ea *in L.* 3 non poterat loqui Scaevela. Tandem objieitur *L.* 14 *ff. h. t.*, in qua videtur precise contrarium resolvi ei, qued in *d. L.* 3 dixerat Scaevola, nimirum supponit ibidem J. C. controversiam ortam inter scriptum et legitimum heredem, eamque transactione finitam ea lege, ut quisque haberet v. g. semissem hereditatis: his positis quaerit, erediteres defuncti quem convenire debeant? resolvitque, quod utrumque debeant utiliter convenire pro parte quam uterque in transactiene expresserit, ergo videtur asserere contrarium illius, quod dixerat in *d. L.* 3 *eod.*? verum est, quod multi putaverint eas leges inter se pugnare; quinime Noodt (*lib. sing. de pact. et trans. cap.* 22) ejus est sententiae, quam sane rejieimus. Magna est enim inter utriusque legis easnm differentia; nam imprimis in *L.* 3 agitur de legatariis seu ereditoribus ex testamento, qui si totum ab herede scripto consequi non potuissent, carere debuissent parte legatorum, eum legatarii, saltem prout jus erat tempore Scaevolae, agere nen valeant nisi contra heredem scriptum; in *L.* 14. autem agitur de ereditoribus defuneti, qui tam bene sunm petere possunt ab herede legitimo, quam a scripto, unde hactenus nen mirum quod in *L.* 14 accommedetur erediteribus defuncti aetio utilis adversus legitimum heredem, sed ibi nen est adhue carde rei; quamvis enim in *L.* 3 actum fuisset de erediteribus defuncti, Scaevela etiam respondisset, ees adversus heredem scriptum in solidum agere debere, nec ipsis adversus matrem utilem actienem dedisset, prout iu *L.* 14 adversus heredem ab intestato: haec igitnr maxima eaque sola sufficiens est ratie disparitatis: scilicet in *L.* 3 certum erat quis foret heres, mater enim fatebatur testamentum esse validum, nec se heredem dicebat, sed tantum praetendebat testamentum esse inofficiosum, unde cum transactiene facta, non minus quam ante certum esset, scriptum in testamento verum et unienm heredem esse, non poterant legatarii, nisi adversus ipsum agere; ast in *L.* 14 controversia erat inter scriptum et legitimum super valore testamenti; incertum igitur erat quisnam ex ipsis vere heres foret; consequenter cum id ignoraretur, et eum uterque metuens incertum litis eventum maluisset parte esse contentus et litem transactione finire, quam expectare sententiam per quam declaratum fuisset quis revera esset heres, nihil aequitati congruentius erat, quam ut erediteres utilibus actionibus singulos pro rata convenirent.

§ VIII.

Sicuti transactio personas transigentium non egreditur, ita etiam non excedit negotia de quibus componendis aetum est: hiec nata regula, quod transactiones sint strictae interpretatienis, quodque non valeant in his quae expressa non sunt, nisi aliunde aliis argumentis et circumstantiis clare probatum fuerit, etiam de eo quod specialiter non est expressum partes cogitasse; ratio est quod transactio contineat aliquam remissienem, eum ergo nemo praesumatur suum jactare, semper quam minimum debet dici remissum; exempla si velis, ea pete ex *L.* 9 §§. 1, 2 *et* 3, item *L.* 5 *ff. h. t.*, *L.* 3 *cod. eod.*; hinc transactio facta de iis quae testamente relicta sunt, non extenditur ad ea quae codicillis sunt relicta, licet ferendus nen sit, qui generaliter in his quae testamento relicta sunt transegerat, si postea dicat de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti, at non etiam quod posteriere legatum sit (*L.* 12 *ff. h. t.*).

Enim vero quod transactio non extendat se ul-

tra id quod in ea comprehensum fuit, hoc ita verum est ut si de re aliqua transactum fuerit, et nominatim dictum sit *nil amplius peti*, non addito *eo nomine*, de caeteris tamen quaestionibus integra actio permaneat, siquidem ea clausula utcumque generalis videatur, tamen ad eam solam causam ex mente transigentium pertineat, de qua transactum est, propter rationem jam allegatam, quod remissiones sint strictae interpretationis (*L.* 31 *ff. h. t.*); si igitur partes ita sint dispositae, ut velint ab omni quaestione recedere, nec ullam litem inter se remanere, tunc id apertis terminis in instrumento transactionis comprehendere debent, ac inter alia optime factum erit, si exprimant *se, ab omni lite omnique actione recedere velle sive cogitata sive non.*

Si de genere, sive de re, cujus appellatione multae comprehenduntur species, v. g. de hereditate fuerit transactum, et placuerit *ne petatur*, certe fiet adversus transactionem, si postea species aliqua, puta res quaedam hereditaria petatur, utique si ea species tum fuerit nota; qui enim de genere transigit, *ne id petat*, id etiam certo certius agit, ne ullam ejus speciem petat: quid si postea innotuerit aliqua species incognita, ut in casu res quaedam hereditaria quae tempore transactionis ignorabatur? tunc distinguendum putamus, utrum res de qua agitur tempore transactionis una cum caeteris rebus hereditariis apud transigentem constituta fuerit, an vero apud alium extra personas transigentium: primo casu species illa, quantumvis tempore transactionis de hereditate esse a transigente ignoraretur, peti amplius non poterit; imprimis enim negari non potest, quin sub hereditate, cujus generali nomine usi sunt transigentes, contineretur, et adeo si res illa petatur, recte responderi poterit de ea in transactione actum esse, nec quidquam alter poterit replicare, cum enim illa res penes eum, quocum transactum est, tempore transactionis fuisse supponatur, sibi imputet quod non cautius inspexerit quaenam res hereditariae essent: ast in casu quo res illa apud alium quam transigentem constituta erat, nullo modo poterit inter transigentes de ea actum videri; quamvis enim agenti responderetur illam rem sub hereditate, de qua transactum est, contineri, tamen ille dicere posset, quod justam habuerit causam hoc ignorandi, cum apud extraneum extaret, et sic dicens sede ea re non cogitasse audiretur, eo quod justus error ei nocere non debet (*L.* 29 *Cod. h. t.*).

§ IX.

Ex principio quod transactiones sint strictae interpretationis, erui potest ratio § 12 *L.* 8 *ff. h. t.*, ubi Ulpianus dicit eum qui transigit de alimentis, non videri neque de habitatione, neque de vestimentis transigere, licet alias nomine alimentorum regulariter veniant non tantum cibaria, sed etiam vestitus et habitatio, quia vix est ut sine his ali seu conservari corpus possit (*L.* 6 *ff. de alimentis legatis*). Ex qua patet sub legato alimentorum etiam contineri vestes et habitationem, cujus ratio est, quod legata de se favorabilia sint, unde ea plenius interpretari debemus, maximeque in hoc casu ob favorabilem alimentorum materiam; ast cum transactiones odiosae sint, et praecipue eae in quibus de alimentis remittendis agitur, strictam omnino, ut jam pluries dictum, interpretationem recipere debemus, et inde hic alimenta in arctiori sua significatione pro solis cibariis debemus accipere. Sed de transactione alimentorum postea latius videbimus.

§ X.

Materiam transactionis, ut ex ante dictis abunde liquet, constituunt res dubiae, eaeque inprimis de quibus vel nunc lis est vel futura timetur; quamquam et de aliis rebus dubiis aliquando transactio procedat, sicuti vidimus initio hujus tituli. Igitur post rem judicatam non valet transactio, quia tunc non est amplius res incerta, neque materia litis (*L.* 23 § 1 *ff. de cod. indeb.*); sed hoc ita verum est, si sententia vere transiverit in rem judicatam, ita quidem ut nullo modo amplius rescindi possit; unde si appellatum fuerit, aut saltem appellari possit, quoniam tunc res adhuc incerta est, recte transigitur (*d. L.* 23, *L.* 7 *princ. ff. h. t.*); idem est si dubium sit, an judicatum sit, vel an sententia valeat (*d. L.* 23 *L.* 11 *ff. h. t.*); vel minor imploraverit in integrum restitutionem; ideo si sententia lata sit, sed impetrata fuerit restitutio in integrum, impetrari possit, similiter rata erit transactio; sed et apud nos quamdiu revisioni adhuc locus est, certum est transigi posse.

Quamvis autem regulariter non valeat transactio super re judicata, tamen aliud dicendum est de pacto gratuito (*L.* 7 § 13 *ff. de pactis*): quid enim obstat quominus per pactum de non petendo obligatio ex re judicata, sicuti quaecumque alia perimatur? poterit igitur etiam ipso jure tolli mediante Aquiliana stipulatione, ut evincitur ex *L.* 32 *eod. h. t.*, imo cum moribus nostris transactionum et pactionum nomina confusa sint, pragmatici plerique volunt transactionem super re judicata factam hodie sustineri debere, tamquam quodlibet aliud pactum.

§ XI.

Illud certe requiritur ad validitatem transactionis, ut res de qua transigitur, privato transigentium subsit arbitrio: hinc si sit lis de valore matrimonii, cum in potestate partium non sit indissolubile ejus vinculum solvere, transactione ab eo discedi non potest (*cap. ult.* (;;) *h. t.*); si vero ita super matrimonio transigatur, ut suppleatur seu renovetur consensus, rata habebitur transactio,

Digitized by Google

licet ante matrimonium non substiterit, tamen ex novo illo consensu valere incipiet, et ita saepissime matrimonia conciliari solent, patre puellae majorem forte summam dotis nomine promittente: plane nil obstat, quominus super sponsalibus dubiis ita transactio fiat, ut aliquo dato dissolvantur ac evanescant, cum neque hic militet ratio indissolubilitatis, neque hoc ullibi in jure reperiatur prohibitum.

Transactio quoque facta super beneficio ecclesiastico non valet, nequidem si juramento firmata fuerit, idque propter periculum simoniae (*Cap.* 4 (;;) *h.t.*), quamquam de eo gratis paciscì liceat; cum enim tunc nihil detur aut retineatur, simoniae labes adesse non potest (*cap.* 7. (;;) *eod.*).

§ XII.

Sunt etiam res, de quibus specialiter legibus prohibita est transactio; sic cum hi quibus alimenta relicta erant facile transigerent contenti modico presenti, divus Marcus, oratione in senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset quam auctore praetore facta, quam in rem elegans commentarius adducitur a J. C. in *L.* 8 *ff. h t.*: ratio orationis justissima est, cum enim alimenta testamento prodigis aut pauperibus relinqui soleant, timendum erat, ne hi per transactiones eluderent piam ac providam testatoris voluntatem, egestatem removere volentis ab eo quem sciebat perditurum repraesentatam pecuniam, haec quidem est ratio impulsiva orationis, caeterum vult optimus et prudentissimus princeps suam dispositionem generaliter locum habere, etiam si locupleti et non prodigo alimenta testamento relicta essent, ut nempe de iis transigere non possent inconsulto magistratu, quamquam tamen bis magistratus multo facilius quam aliis transigendi veniam concessurus sit, sed inquam, nisi haec venia impetrata sit, transactio nulla erit: quis enim privatus determinare posset an alimentarius satis locuples sit, probataeque vitae, ut sine periculo de alimentis sibi relictis transigere possit? Numquid etiam fieri potest, ut quis quantumvis dives et frugalis bona sua amittat et facultatibus exuatur, quod forte etiam consideravit testator? Boni itaque judicis decretum hic omnino necessarium est (§. 7 *d. L.* 8.).

Sed nec interest quid alimentorum gratia relictum sit, unde sive alicui nummi, sive vinum, sive oleum, sive frumentum ad alimenta sit relictum, locum habebit oratio (§ 24 *d. L.* 8); imo quamvis lis esset et dubitaretur an alimenta deberentur, transactio valere sine interventu praetoris non posset, alias enim possent fingi lites, ut transactio citra ejus auctoritatem fieret (§. 20 *eod.*).

Cum tamen juris ratio non patiatur, ut quod pro utilitate alicujus introductum est, duriore interpretatione contra ipsius commodum producamus, consequens est transactionem valere, etiam sine praetoris auctoritate, dum clarum est alimentarium suam conditionem reddere meliorem, v. g. transigat, ut quod per singulos annos erat relictum consequatur per singulos menses, aut singulos dies, aut quod ei relictum erat. ut consummato anno acciperet, initio anni consequatur; his enim casibus manifestum est transactionem non fieri, ut quis perdat repraesentatam pecuniam (*d. L.* 8 §. 6.).

Supervacua etiam est auctoritas praetoris, si transactio fiat super alimentis praeteritis, etenim ex alimentorum praeteritorum transactione nullum alimentario periculum est, nec timendum, ne per illam alimenta intercipiantur, utpote quae naturam alimentorum amiserunt, nemo enim in praeteritum ali potest.

Quod autem diximus de transactione alimentorum non est extendendum ad pactum gratuitum, dubium enim non est, quin alimenta futura gratuito quis remittere possit sine ullo praetoris interventu, nam generaliter tenendum est, conventiones quae non reperiuntur prohibitae, permissas esse. Nec obstat quod transactio permissa non sit, est enim diversa ratio: transactio idcirco prohibita est, quia prodigi, quibus plerumque alimenta relinqui solent, faciliores erant ad transigendum, ut quam dilapidare possent, paratam haberent summam: ast prodigus non magis quam alius facilis est ad remittendum gratis quod sibi debetur: nec dicatur, quod cui licet quod magis est, licere quoque quod minus est, quia hoc nunquam procedit, dum datur ratio disparitatis, ut saepe exempla in jure occurrunt; sic senatus-consulto Vellejano mulieribus prohibitum est pro aliis intercedere, non tamen donare aut pro alio solvere, quia nempe mulieres praesumuntur citius se obligaturae inconsiderate, quam donaturae liberaliter; sic etiam lege Julia prohibitum olim fuit alienare fundum dotalem sine consensu uxoris, oppignorare vero nequidem ea consentiente etc. Oratio quoque extendenda non est ad transactionem super alimentis ex contractu debitis, quoniam et haec nullibi prohibita reperitur; imo eam esse permissam apparet ex *d. L.* 8 §. 2: nec obest iterum quod prohibita sit transactio super alimentis testamento relictis, nam hoc ipsum arguit eam non prohiberi, si debeatur ex contractu, inclusio enim unius est exclusio alterius, et exceptio firmat regulam in casibus non exceptis; et vero magna est disparitatis ratio, solent enim ut diximus, alimenta testamento relinqui iis qui sua moderari non possunt, et lucri modici illecebra facile alliciuntur; at vero quando quis ipse sibi per contractum de alimentis prospexit, satis providus videtur, ut de eo nulla sinistra praesumptio capi possit, quod minus facile de eis sit transacturus. Si tamen ex mortis causa donatione alimenta debeantur, quamvis et haec contractus sit, tamen de illis transigi non potest, quia illa do-

Digitized by Google

natio demum morte perficitur et ad instar legatorum est.

Sicuti transigi non potest de alimentis ultima voluntate relictis, ita nec quacumque alia ratione deterior fieri potest causa alimentorum, unde si in illorum securitatem fundus testamento obligatus sit, non aliter ab onere hypothecae liberari potest, quam interveniente praetore (*d. L.* 8 §.15); illud enim hic agit alimentarius, ne sibi certa sint alimenta, quae testator ei pignoris remedio certa esse voluit, et ita per hoc alimentorum conditionem deteriorem redderet; nec facit quod diximus, eum absque auctoritate praetoris ipsamet alimenta gratis remittere posse; nam magis facile et inconsiderate pignus pro eis datum liberabit, quam eadem gratis remittet, et propterea favore alimentorum oratio recte etiam extensa est ad casum quo tale pignus liberare vellet.

§ XIII.

Quaestio jam notabilis occurrit, an possit transigi de controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, non inspectis cognitisque verbis testamenti? communis interpretum sententia vult, talem transactionem prohibitam esse, idque fere unice sustinent propter verba Gaii, quae reperiuntur in *L.* 6 *ff. h. t.*, scilicet *de his controversiis quae ex testamento proficiscuntur neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*, et quidem haec interpretum opinio moribus quoque praevalnit, estque in tribunalibus passim recepta; at si de vera juris romani sententia agatur, certum putamus hanc opinionem esse falsissimam, cum enim natura ipsa seu boni mores tali transactioni non repugnent; si eam prohibitam dicere velimus, necesse est existere legem aliquam, qua nominatim prohibita fuerit, quae profecto in toto corpore juris non extat. Quid igitur dicemus ad ipsam *L.*6, quae sola causam dedit falsae opinioni? scilicet ut hujus legis verus sensus eruatur, referri debet ad *L.* 1 *ff. test. quemadm. aper.*, utraque enim est Gaii *Lib.* 17 *ad edict. provinc.*; in *L.* autem 1 verba *d. l.* 6 reperiuntur, recurrendum igitur ad *d. l.* 1 tamquam ad fontem; in principio legis laudat J. C. edictum praetoris, qui pollicitus fuerat se a morte testatoris omnibus facturum potestatem inspiciendi describendique testamenti tabulas; deinde in § 1 subjicit edicti rationem manifestam esse, *neque enim*, inquit, *sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*: quis jam non videt, quod J. C per haec verba, quae sunt etiam relata in *L.* 6 *ff. h. t.* non significet id esse impossibile, seu legibus proibitum, sed tantum esse difficile, et neminem facile transacturum, nisi visis tabulis, haec nempe verba non continent aliquam legis dispositionem, sed tantum rationem, quae praetorem impulit, ut cuique facultatem tribueret videndi describendique tabulas testamenti, eum alias non possit facile transigi et veritas inquiri super iis quae testamento relicta sunt, haec sic referenda esse ad impedimentum facti, non juris, plusquam evidens est ex eo quod tam in *L.* 1 quam in *L.* 6 J. C. dicat veritatem de his controversiis aliter sciri non posse, quam inspecto testamento; jam autem veritas sciri potest, licet ab eo qui illam quaerit non sit visum testamentum, puta cognita dispositione testamenti ex fide dignorum virorum, qui forte ipsi tabulas viderunt; ex quo sequitur verba *non potest*, quae in illis legibus habentur, non importare impossibilitatem absolutam, sed difficultatem duntaxat. Nec obest, quod si transigatur non inspectis tabulis, saepe fiet contra voluntatem testatoris, nam etiam si inspectae essent tabulae, posset aliquid fieri contra testatoris voluntatem; nemo tamen dubitat, quin talis transactio permissa sit, neque etiam obstat, quod ite transigens facile deciperetur; quia poterat transigens, antequam transigeret, petere ut sibi fiat inspiciendi describendique testamenti copia, quod si non fecerit sibi imputet, atque adeo eum culpa sua illud damnum passus sit, illud passus esse non intelligitur.

§ XIV.

Omittere hic non possum celebrem illam tantoque opere inter juris nostri interpretes agitatam quaestionem *de transactione criminum*; cum tamen haec controversia ad mores nostros nihil pertineat, hac in re quantum materia permittet, brevem promitto me futurum.

Praenotandum crimina duplicis esse generis: alia enim dicuntur publica, alia privata: *publica* sunt, quae magis adversus totum populum, seu in totius reipublicae injuriam, quam adversus aliquem privatum admitti intelliguntur, et proinde ex his non nisi criminaliter, seu ad vindictam publicam agi potest: *privata* vero sunt, quae principaliter aliquem privatum laedere videntur, licet per consequentiam quoque in reipublicae detrimentum vergant; et ex his vel civiliter agi potest, vel criminaliter: *civiliter* agi dicitur, quando actor agit ad privatum suum commodum et sibi, non reipublicae petit: *criminaliter* quando ad hoc agit, ut publicae disciplinae vigor delinquentis poena vindicetur. Rursus crimina publica dividuntur in capitalia et non capitalia: *capitalia* proprie sunt, pro quibus mors vel naturalis vel civilis, prout est deportatio, irrogatur: *non capitalia* sunt ex quibus mulcta pecuniaria aut aliqua in corpus coercitio infligitur (*L.* 2 *ff de public. judic.*); in sequentibus tamen verbum *criminis* capitalis et non capitalis

Digitized by Google

minus proprie accipiemus, ita nempe ut crimen capitale sit illud, quod poenam sanguinis sive mortem naturalem ingerit, e contra non capitale.

Jam ad questionem, scilicet an et quatenus de criminibus transigere liceat, et quidem primo distinguendum est, an civiliter, an vero criminaliter agatur; si ob crimen admissum civiliter agatur, tunc unicuique liberum est transigere, cum tali casu transigens, non de re publica, sed de sua privata utilitate paciscatur; atque de hoc omnes satis conveniunt: tota difficultas est, quid juris sit, si criminaliter agatur: omnes fere interpretes hic distinguunt inter crimen capitale et non capitale moti *L.* 18 *cod. h. t.*; ast nos talem distinctionem prorsus rejiciendam esse putamus, dicimusque transactionem super qualibet causa criminaliter intentata non valere; talis enim transactio repugnat utilitati publicae, et transigens, non de sua, sed de publica utilitate pacisceretur, quod certe fieri nequit, cum transactiones ad hoc duntaxat introductae sint, ut quisque de re sua privata seu familiari paciscatur. Hanc sententiam probat *L.* 9 *cod. de contrah. stip.*, ubi generatim dicunt Diocletianus et Maximianus de hujusmodi causis, criminalibus nempe, sive ut aiunt, ob non instituendam accusationem criminis pacisci non licere, et ideo si pecunia ob hoc promissa sit, petitionem denegari, quae generalis locutio satis indicat transigi non posse de causis criminalibus, sive accusatio instituatur de crimine capitali, sive non capitali, quinimo actor qui de criminali accusatione transigit, ob ipsam transactionem semper punitur, ut evincit *L.* 6 § 2 *ff. de L. Julia repetund.* Ab initio igitur liberum erat unicuique instituere vel non instituere accusationem adversus reum alicujus criminis, sed instituta semel accusatione, non licebat accusatori ab ea desistere, citra abolitionem; hoc est nisi desistendi licentiam impetrasset, et desistens puniebatur senatus-consulto Turpiliano (*L.* 1 §. 7 *ff. ad S. C. Turpil.*); poena autem erat quinque librarum auri, et infamiae, qua notati in ordine decurionum aliave dignitate esse prohibebantur, et ab accusando repellebantur, nonnunquam etiam transigens extraordinarie coercebatur judicis arbitrio.

Quod reum attinet, si quidem crimen non sit capitale, in poenam initae transactionis pro confesso habebatur (*L. ult. ff. de praevaricatoribus*), et ulterius alia adhuc poena afficiebatur (*L.* 34 *ff. de jure fisci*), ex eo nempe quod sic transigendo, seu actorem corrumpendo et dando ipsi pecuniam, ut ab accusatione desistat, in crimen falsi incidere videretur: si vero agatur de crimine capitali, id est sanguinis poenam ingerente, reus transigens non quidem punitur propter ipsam transactionem, quia visum est ignosci debere illi, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit (*d. L. ult. de praevaricat.*, *L.* 1 *ff. de bonis eor. qui ante sent.*). Caeterum transactio semper nulla est, cum ut antea ostendimus, adversetur utilitati publicae, nec agatur de re privato transigentium arbitrio subjecta: verum quidem est, quod post transactionem reus non possit amplius accusari ab eo quocum transegit, ast hoc non contingit propter istam transactionem, sed ideo quod per istam transactionem, quae sordidum quaestum continet, actor factus sit infamis (*L.* 8 *ff. de accusat.*, *L.* 6 § 3 *ff. de decurion.*). Caeterum nil impedit quominus unus alius ob idem crimen accusationem instituat, aut judex nullo existente accusatore per viam inquisitionis procedat.

Jam videamus quid velint Diocletianus et Maximianus in *L.* 18 *Cod. h. t.*, ex qua adversarii probare volunt validam esse transactionem super crimine capitali: en verba: *transigere vel pacisci de crimine capitali prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem:* prima fronte lex illa nostram sententiam penitus evertere videtur, sed tamen probabimus ex illa nihil contra nos desumi posse: primo enim reflectendum ibi non esse edictum aliquod sive novam constitutionem imperatoriam, sed esse simplex rescriptum Imperatorum jam memoratorum, ubi respondent ad libellum supplicem cujusdam Valentis, qui eos de jure consulebat, adeoque illa lex non introduxit novum jus; hoc enim per rescripta non introducitur, quae tantummodo jus antea constitutum declarant: cum igitur nulla anterior lex sit reperibilis, quae transactionem in crimine capitali permissam esse demonstret, cumque aliunde ex ipsa rei natura quae non permittit privato pacisci super iis, quae totam rempublicam concernunt, satis prohibita sit, dicere non possumus, quod mens Impp. hic fuerit, super tali crimine valide transigi posse: qualem igitur dabimus interpretationem? hanc nempe: quidam nomine Valens quaesiverat ab Impp., non utrum actori, sed utrum reo de crimine publico impune transigere liceret, id est non an valeret transactio, sed an reus, qui transigit, in falsi accusationem incidat, et sic ob ipsam transactionem puniatur; ad hanc autem quaestionem responderunt Impp. *transigere de crimine capitali etc.* id est scire debes Valens, quod postquam principum lenitati placuit non nocere reo transactionem, quando in capitali crimine accusatorem corrupit, non potest ei in illis criminibus prohibita censeri transactio, utique ut falsi accusationem metuat: aliter enim in publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, in quibus non potest transigere, quin in falsi accusationem incidat, quia non hujusmodi reis, sed tantum de vita sua periclitantibus et sanguinem suum qualicumque pacto redimere volentibus, ignoscendum putaverunt legum conditores: nota igitur verba *citra falsi accusationem* in rescripto non significare *praeter falsi accusationem*, ut quidam volunt, sed *sine falsi accusatione;* nam testante Vinnio (*Tract. de*

transact. c. 7 *n.* 32) particula *citra* apud probatos auctores nusquam pro *praeter* accipitur, sed semper pro *sine*, et nominatim ab ipsis Impp. *in L.* 19 *Cod. de procurat.*, *L.* 7 *Cod. de reb. cred. etc.*

Nemini autem mirum videri debet, quod talem dicamus esse rescripti speciem, quamquam id in terminis non asserant *dd. Impp.*; in omnibus enim rescriptis, quando non refertur integra species facti, prout hic accidit, possumus eum quem volumus fingere casum, dummodo decisio cohaereat cum ratione et principiis juris: merito igitur *d. L.* 18 dicto modo interpretamur, siquidem alias conciliari non posset cum legibus anterioribus et generali principio, quod non nisi de re sua transigere liceat.

Posset forte aliquis petere quid in *d. L.* 18 sibi velint verba *excepto adulterio*: ad quod dicimus ea spuria esse, nec ab Impp. proficisci potuisse, sed forte a Triboniano per errorem fuisse adjecta; non potuerunt enim Impp. crimen adulterii a capitalibus excipere, siquidem illud crimen sub ipsis necdum fuerit capitale, sed demum sub imperatore Constantino.

§ XV.

Effectus transactionis est finire lites, et ideo lis semel transactione finita resuscitari nequit: transactio tamen dolo adversarii inita rescindi posse probat *L.* 19 *cod. h. t.*; eam autem quae ex falsis instrumentis inita est, etiam rescindi posse declarat *L. penult. cod.*, cum quis videlicet falsis instrumentis, etiam sine dolo adversarii prolatis, horum metu inductus transigit: caeterum ob instrumenta noviter reperta, transactionem neutiquam rescindi posse docet *d. L.* 19, si modo dolo adversarii suppressa non fuerint, quo casu transactio quidem rescinditur, sed non tam propter instrumenta, quam propter dolum commissum. Ratio autem cur rescindi potius possit transactio inita ex falsis instrumentis, quam propter instrumenta noviter reperta, est quia falsa instrumenta causam dederunt transactioni, et sic ex falsa causa inita est, quod dici non potest, quando instrumenta noviter reperiuntur; haec enim in transactione nullatenus influxerunt.

§ XVI.

Quid si nullo concurrente adversarii dolo, aut calumnia, laesio tamen enormis ultra dimidium ex transactione contigerit? tali casu transactionem rescindi jus nostrum non patitur (*L.* 78 *§. ult. ff. ad senatus-consult. Treb.*), et ibi est quod dicitur *in transactione locum non esse remedio L.* 2 *cod. de rescind. vend.* Quippe transactio comparata est ad lites finiendas, et proinde lite transactione bona fide sopita, nil amplius quaerendum videtur, quam an transactum sit, ne alioquin remedium finiendarum litium sit earumdem seminarium. Praeterea ut beneficio *L.* 2 locus sit, debet res esse certa, alioquin de duplo constare non posset, in casu autem res est prorsus incerta; quod enim datum est causa transactionis, non est datum pro eo quod antea debebatur, set ut alter a lite desisteret sivo pro incerto litis eventu, qui cum nullam certam litis aestimationem admittat, rescissioni locus esse non potest: nec obstat *L.* 5 *cod. de dolo.*, quia in illa lege supponi debet transactionem dolo malo initam fuisse, et ideo rescindi posse; quod autem ibidem dolus interfuerit ex eo patet, quod actio de dolo ideo tantum denegetur, quod ille contra quem agebatur erat pater, seu ut ibidem dicitur propter paternam verecundiam, quod ergo ibidem dicitur transactionem esse bonae fidei, hoc ut ex verbis apparet, tantum significat, quod bona fides adfuerit ex parte filiae agentis, non vero ex parte patris, adversus quem actio in factum accommodatur: nec facit quod ibi mentio fiat de modica laesione, hoc enim idcirco non ponitur, ut locus fiat remedio *L.* 2, sed quia ob minimam laesionem, neque actio de dolo neque in factum, quae doli subsidiaria est, competere potest. Tandem quaestio haec certam hodie decisionem solemni Brabantiae senatus consult. accepit, teste Sthokmans *decis.* 137.

§ XVII.

Quod si nulla res media fuerit, hoc est licet inter transigentes nulla vera debiti causa verteretur, attamen transactio subsistet, rescindi non poterit, neque repeti quod solutum erit; id enim sine causa solutum non est, cum hoc ipsum quod a lite discedatur causa esse videatur (*L.* 65 *§.* 1 *ff de cond. indeb.*); quo etiam fundamento denegatur indebiti soluti repetitio ex causis illis, in quibus per inficiationem lis crescebat in duplum (*§. ult. Inst. de oblig. quae quasi ex contr.*), in quantum conventus praestando simplum, de imminente alioquin ob inficiationem praestatione dupli, videtur transegisse. Quod transactio rescindi non possit, licet postea transigens paratus esset probare nullum subfuisse debitum, manifeste etiam declarat *L.* 23 *cod. h. t.*, cujus haec est species: putativus heres, seu bonae fidei possessor hereditatis transegerat cum creditoribus hereditariis, solveratque quod ex causa transactionis promiserat, postea hereditas ipsi ablata fuit per verum heredem, quaeritur an pecuniam creditoribus hereditariis solutam repetere possit, tamquam indebitam: quod negaverunt imperatores addiuntque, *quod licet ista pecunia soluta necdum fuerit, sed tantum in stipulationem deducta, non posset tamen putativus heres indebiti promissi velamento defendi*, id est tali casu etiam ablata a se per verum heredem hereditate, cogi posset ad solvendum quod transactionis causa promissum est: cujus ratio haec est, quod putativus heres indebitum non solvisset, solverat enim ut creditores

Digitized by Google

a lite desisterent, quae causa solvendi est justissima; licet ergo nullum subsit debitum, sufficiebat tamen adfuisse litem, aut metum litis. imo quantumvis fuerit bonae fidei possessor, illud tamen quod ex causa transactionis solvit, imputare non poterit vero heredi, aut ab eo repetere; hoc enim solvendo non gessit negotium hereditarium, nec solvit ex causa aliqua quae concernebat hereditatem, sed ex causa quam ipsemet transigendo posuerat, et sic proprium debitum solvit. Nec obstat, quod si creditoribus hereditariis solvisset sine transactione, ab iisdem repetere posset condictione indebiti; quia illo casu solvisset tamquam debitum a defuncto contractum: in nostro autem casu solvit tamquam proprium debitum, id est debitum suum per transactionem, unde clarum est, quod repetere non possit quasi indebite solvisset. Sed aliqui putant posse eum repetere a vero herede, ex eo quod bonae fidei possessor non possit ratione hereditatis damno haerere; ast nec hoc juvat, si quidem illud quod dicitur, bonae fidei possessorem non posse in damno haerere, sic intelligendum sit, quod non possit ex hereditate quam bona fide possidet sentire damnum, v. g. ex eo quod res hereditarias consumpserit; sed hoc in casu non contigit, non enim ex hereditate damnum sentit, sed ex sua propria transactione, et transigendo, non hereditarium, sed proprium negotium gessit, cum suo nomine transegerit.

Verum eleganter quaeri potest, an hi creditores, qui transegerant, denuo agere possint adversus verum heredem et ab eo totum petere? quod omnino affirmandum est, et ita quidem ut creditores nulla exceptione sint repellendi, quia transactio inter alios facta non potest aliis nocere, nec prodesse, adeoque transactio inita hoc casu inter bonae fidei possessorem et creditores hereditaria vero heredi prodesse non potest, consequenter ipse tenebitur creditoribus hereditariis eodem modo, ac si non fuisset transactum; nec dicatur iniquum esse, ut bis idem exigatur, juxta *L. 57 ff. de re jud.*, hic enim creditor bis idem non exigit, nam quod a bonae fidei possessore accepit, ut sibi ex transactione debitum exegit et accepit, quod autem exigit a vero herede, ex alia causa petit, scilicet propter debitum defuncti, adeoque bis ex eadem causa non agit. Posset tamen adhuc replicari, quod creditor transigendo promisisset se nihil amplius petiturum ratione istius debiti; ast reflectendum, quod hoc non possit videri generaliter promisisse, sed tantum ne peteret ab eo quocum transegebat; licet enim debitum, de quo quaestio erat, esset debitum hereditarium, tamen putabatur factum debitum proprium possessoris proinde quamquam promisisset bonae fidei possessori se nihil quoque aliis petiturum, eatenus transactio foret inutilis, cum nemo alteri pacisci possit.

LIBER TERTIUS

—

TITULUS I.

DE POSTULANDO.

Postulare est desiderium suum vel amici in jure apud eum, qui jurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere (*L. 1 et 2 ff. h. t.*). Cum autem advocatorum officium sit in judicio pro aliis postulare, de his hoc titulo disseritur; verum cum constitutiones romanorum hac in parte prorsus exoleverint, remitto lectores ad processus judiciarios cujuslibet curiae.

TITULUS II.

DE HIS QUI NOTANTUR INFAMIA.

Infamia est privatio existimationis ob violatam turpibus factis honestatem: duplicis generis est, juris scilicet et facti: infamiae *juris* effectus sunt, quod infames honores ambire non possint, et si aliqua dignitate fungantur, ab ea arceantur, testimonium eorum rejicitur, postulare nequeunt, a quaerela inofficiosi testamenti arceantur etc.; notantur infamia lenones, viduae intra annum luctus ad alia vota convolentes, qui binas nuptias eodem tempore inierunt, improbi feneratores, judicio tutelae, depositi, pro socio, mandati, directo ob dolum vel culpam latam damnati etc.: infamia facti est, quae ex facto turpi alicujus oritur, existimationem apud graves et honestos viros onerans. Caeterum non habet effectus mox memoratos, nisi quod faciat locum quaerelae inofficiosi testamenti.

TITULUS III.

DE PROCURATORIBUS, ET DEFENSORIBUS.

Duplicis generis sunt procuratores: alii ad negotia constituuntur, de quibus sub titulo digestorum mandati vel contra agemus; alii ad lites, pro quibus stilus variarum curiarum inspiciendus est.

TITULUS IV.

QUOD CUJUSCUMQUE UNIVERSITATIS NOMINE, VEL CONTRA EAM AGATUR.

Sub hoc titulo agitur de syndicis, qui vel municipum, vel Universitatis seu Collegii nomine negotia gerunt ex mandato.

TITULUS V.

DE NEGOTIIS GESTIS.

§ I. Quid sit negotiorum gestio.
§ II. Origo istius quasi-contractus.
§ III. Quae ex hoc oriantur actiones, et primo de directa.

§ I.

Negotiorum gestio est quasi-contractus, quo quis sine ullo mandato, ignorantis negotia gerit: dicitur *sine ullo mandato*, quia si mandatum intervenisset, daretur actio mandati: dicitur *ignorantis*, quia si dominus sciret sua negotia geri et taceret, esset mandatum saltem tacitum. Porro negotiorum gestio non est verus contractus, non enim consentit is, cujus negotia geruntur, verus autem contractus esse non potest sine consensu duorum; obligatur tamen is, cujus negotia gesta sunt, idque ex quasi-contractu, id est non propter verum consensum, sed propter consensum a lege ob utilitatem et aequitatem fictum; cum et ipsi per hanc gestionem adferatur utilitas, et aequum non sit ut ipse cum alterius damno fiat locupletior. Unde etiam patet ex negotiis gestis obligari posse illos, qui alias obligari non valerent, quia forte non possunt consentire, quales sunt furiosi, mente capti, infantes etiam in utero existentes etc., quia haec actio non ex consensu, sed ex re seu aequitate venit; ob eandem rationem pupillus aut minor sine tutoris aut curatoris auctoritate, item captivus ex negotiorum gestione obligari possunt (*L.* 46 *ff. de oblig. et act.*, *L.* 19 § *ult. ff. h. t.*).

§ II.

Origo autem istius quasi-contractus praecipue fuit utilitas absentium, ne scilicet eorum negotia deserantur: cum enim saepius, nulli demandata negotiorum suorum administratione, subita festinatione proficiscantur, quasi statim reversuri, et postmodum ex necessitate diutius absint, maxime eorum utilitas postulabat, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem, aut pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem paterentur, vel injuria rem suam amitterent (*L.* 1 *ff. h. t*), quod certe accideret, si vel is qui obtulisset se negotiis gerendis, nullam habiturus esset actionem de eo quod utiliter ex re sua impendisset, vel is cujus gesta essent negotia, adversus eum, quasi invasisset negotia ejus, nullo jure agere posset (*L.* 5 *princ. ff. de oblig. et act.*).

§ III.

Videamus igitur quaenam ex hoc quasi-contractu oriantur actiones. Duplex autem hic prodita est, scilicet negotiorum gestorum directa et contraria: directa est ea quae datur domino, cujus negotia gesta sunt adversus gestorem, ut reddat rationes suae gestionis; sufficit igitur negotium meum esse gestum, ut mihi directa competat, sive utiliter gestum fuerit, sive non.

Dupliciter autem negotium meum gestum dici potest, vel enim ab initio res mea geritur, vel ex postfacto: *ab initio*, cum res mea fuit eo tempore quo geri coepit, puta si aliquis pro me solverit aut fulserit aedificium: *ex postfacto*, dum ab initio res mea non fuit, sed postea facta est mea per ratihabitionem, exemplum habes *L.* 6 § 9 *et* 10 *ff. h. t.* Videtur tamen cum §. 10 pugnare §. 11 *d. L.*, sed optimo sensu conciliari possunt; nempe in §. 11 agitur de casu, ubi negotiorum gestor fulserat hereditariam insulam, cum Titium heredem putaret; dicitur quod licet Titius postea ratum habuerit, non tamen danda sit adversus ipsum actio negotiorum gestorum, hac ratione scilicet, quod fulcimenta cohaereant insulae hereditariae, adeoque verus heres per hoc locupletatus sit, unde ab initio negotium quod contemplatione Titii gestum est, erat alienum, et sic cum ratihabitio Titii de negotio alieno suum facere non possit, non potuit inde oriri actio negotiorum gestorum adversus ipsum: in § 10 negotiorum gestor putans Sempronium esse heredem, qui tamen heres non erat, debita exegerat a debitoribus hereditariis, mox Sempronius ratum habuerat, dicit J. C. esse gestori adversus Sempronium et viceversa mutuam negotiorum gestorum actionem: cur ita? Quia nempe per hoc verus heres locupletatus non erat, et sic ab initio non veri heredis, sed nullius negotium gestum videri poterat, nihil ergo obstabat quominus Sempronius per ratihabitionem illud suum faceret.

Diximus negotiorum gestorem per actionem directam teneri, ut reddat rationes suae gestionis. Ratio autem gestionis ejus imprimis continet, ut debeat restituere id quod ex negotiis gestis apud eum remanet, v. g. accepi a debitoribus tuis pecunias, aut percepi fructus ex fundis tuis etc., haec omnia restituere debeo: sicuti enim ex mandato nihil apud mandatarium remanere potest, ita nec ex negotiis gestis apud negotiorum gestorem; unde licet aliquid non ex re domini, sed tantum occasione illius rei acceperim, equidem restituere debebo; et sic si fundum tuum petens majores fructus, quam oportuit, fuerim consecutus, aut si indebitum exegerim, haec omnia tibi restituere debeo (*L.* 8 § 1, *L.* 23 *ff. h. t.*).

§ IV.

In ratione gestionis etiam continetur, ut negotiorum gestor praestet quod interest domini, si non adhibuerit exactissimam diligentiam: non tantum ergo de dolo et culpa lata aut levi tenetur, sed etiam de levissima; hoc enim generale est in omnibus qui se sponte offerunt alienis negotiis gerendis, ut pro-

mittere videantur exactissimam diligentiam: praeterea id in terminis dicitur in *L.* 24 *cod. de usuris*, item *L.* 23 *ff. de R.J.*, ubi postquam Ulpianus enarrasset contractus varios, ubi non tantum dolus et culpa lata, sed etiam levis praestanda erat, ultimo loco ponit *negotia gesta*, additque *in his quidem et diligentiam*, per quam diligentiam non aliud designare potuit, quam culpae levissimae absentiam, cum de lata et levi jam antea egerat; et hoc etiam modo idem Ulpianus nomen diligentiae accipit in *L.* 5 §. 2 *in fine ff. commodati*. Nec quidquam contra nostram sententiam facit, quod exacta in negotiis alienis gerendis culpae levissimae praestatione, facile futurum sit, ut negotia absentium plerumque negligantur, id enim falsum esse manifeste apparet ex contractu mandati, in quo licet levissima culpa praestanda sit, non tamen desunt qui ex mandato negotia aliena libenter curanda suscipiunt, amicitis nempe, ex qua mandatum originem trahit, erga mandatorem ducti; quidni igitur eadem officii et amicitiae ratione praemotus amicus negotia absentis amici sponte suscipiet, invitatus per leges fiducia recuperandi erogata. Nobis non obest exemplum depositi, in quo tantum praestandus venit dolus et culpa lata; constat enim, quod si depositarius sponte se deposito obtulerit, praestare quoque debeat culpam levissimam (*L.* 1 §. 35 *ff. depositi*), unde hoc exemplum potius adhuc confirmat nostram sententiam, cum in nostro casu agatur de eo qui sponte suscipit negotia aliena, sicuti fit in omni negotiorum gestione. Haec igitur contra nos parvi ponderis sunt, sed magis urget *L.* 20 *cod. h. t.*, in qua nulla fit mentio culpae levissimae a gestore praestandae, sed tantum doli, item culpae latae et levis: ast reflectendum ibi esse simplex rescriptum ad libellum cujusdam Octavianae, quae verusimiliter rogaverat, utrum tantum de dolo et culpa lata teneretur negotiorum gestor, an etiam de levi? responderunt autem imperatores conformiter ad petitionem in libello expressam, et ideo de culpa levissima mentionem non fecerunt.

Accidit tamen quandoque, ut negotiorum gestor dolum duntaxat, non etiam culpam praestare debeat, ut in *L.* 3 §. 9 *ff. h. t.*, scilicet si res absentis desperatae fuerint, id est si quis accedat ad negotia alias peritura, ut v. g. si videas bona mea a creditoribus illico distrahenda, nisi ad ea accedas, et ne distrahantur affectione motus, negotiis meis te offeras, tunc equissimum erit, ut ad culpam praestandam non tenearis, modo enim in rebus meis non agas fraudulenter, nihil ego habebo de quo conquerar, cum alias mea negotia periissent.

Viceversa in *L.* 11 *ff. h. t.* habetur casus, in quo tenetur de casu fortuito, si nempe novum negotium quod dominus facere non solebat, gesserit, puta venales novitios coemendo, vel aliam negotiationem inchoando; tunc enim res erit periculo gestoris, nam actio negotiorum gestorum introducta est, ut negotia aliena conserventur, non ut nova constituantur. Si tamen insolita gerens in quibusdam damnum, in aliis lucrum fecerit, non poterit dominus approbare quoad lucrum et improbare quoad damnum, sed totum vel approbare vel improbare debet (*d. L.* 11 *ff. h. t.*).

§ V.

Negotiorum gestor non tantum eorum quae gessit rationem reddere debet, sed etiam de non gestis tenetur, si ea gerere debuerit; licet enim omnia gerere non teneatur et sufficiat, si cui vel in paucis amici labore consulatur, negotia tamen incoepta gestor debet consummare, quamquam non debeat nova incipere, nisi tamen quaodo per suam gestionem alium diligentem virum impedivit, qui omnia negotia gesturus fuisset; tunc enim si gestor omnia non suscipiat, hoc intuitu conveniri poterit (*L.* 6 § 12 *ff. h. t.*), an igitur hoc casu tenebitur ex eo quod debita absentis non exegerit? Hoc negatur in *d.* §. 12, cum nullas actiones habuerit ut debitores conveniret, nisi talis fuerit gestor, qui sine mandato absentis debitores convenire posset, qualis est persona conjuncta (*L.* 8 *princ. ff. h. t.*), certe si ipse gestor sit debitor absentis, a se exigere poterit, et ideo ipsi imputari potest, si a seipso non exegerit; unde licet per praescriptionem liberatus sit, tamen tenebitur actione negotiorum gestorum (*d. L.* 8 *ff. h. t.*); item si debitum ejus non fuerit usurarium, incipiet debere usuras ab eo tempore, quo a se ipso exigere debuisset (*L.* 6 *in fine ff. h. t.*), ita ut non quidem teneatur ad usuras gravissimas sive centesimas, sed tantum ad eas quae pro more regionis frequentantur, aliter quam si pecunias domini in suos usus convertisset; nam hoc quia non bona ratione, sed abutendi animo pecunias ipsius domini contrectavit, nomine ejusdem pecuniae usuris gravissimis subjicietur (*L.* 38 *ff. h. t.*). Cui tamen obstare videtur, quod procurator seu mandatarius qui pecuniam mandantis in suos usus convertit, tantum teneatur ad usuras legitimas, id est in regione frequentatas (*L.* 10 §. 3 *ff. mandati*), sed posset haec ratio disparitatis dari, quod mandatarii crimen pecuniam mandantis in suos usus convertentis non videatur tam grave, quam gestoris, quoniam ille ex voluntate et consensu mandantis pecuniam apud se habet, gestor autem sine voluntate domini pecunias ejus contrectat et dilapidat.

Licet gestor nullas actiones habeat, quibus debitores absentis convenire possit, accidere tamen potest ut ei sponte solvant, quo casu si solutionem ratam dominus habuerit, hac ratione agere poterit adversus negotiorum gestorem; si vero ratam non habuerit, hoc ipso sublata est negotiorum gestorum actio, et dominus adversus ipsos debitores agere debet (*L.* 6 §. 2 *in fine ff. de solut. et lib.*).

Digitized by Google

Ex eo quod diximus, negotiorum gestorem a se ipso debitum exigere debere, resolvi potest casus *L.* 35 *princ. ff. h. t.*, ubi divortio facto et dote uxori necdum restituta, maritus negotia ejus gesserat, dotemque a se ipso non exegerat: quaeritur qua actione et quatenus mulier ab ipso dotem repetere possit? Et distinguendum est, utrum maritus dum gessit negotia semper fuerit solvendo, quo casu non solum dotis actione, verum etiam negotiorum gestorum mulier dotem servare poterit; si vero posteà factus sit insolvendo, iterum distinguendum est, utrum fuerit in mora a se ipso dotem exigendi vel non; si in mora non fuerit, v. g. si protinus solvendo esse desierit, nec sufficiens tempus elapsum sit, ut possit videri cessasse in solutione, negotiorum gestorum non tenebitur; si autem in mora fuerit a se ipso exigendi, tenebitur negotiorum gestorum actione, quamvis si dotis actione conveniretur, tantum teneretur in quantum commode facere posset, ita nempe ut adhuc ei remaneat unde sustentetur, quod vocamus beneficium competentiae: ratio autem cur si conveniatur actione dotis, istud beneficium potius habeat, quam si conveniatur actione negotiorum gestorum est, quia beneficium competentiae tunc tantum marito competit, cum convenitur ab uxore ex his obligationibus, quae solutum matrimonium antecesserunt, non autem ex his quae ortae sunt post solutum matrimonium.

Sicuti gestor, qui simul debitor est absentis, a se ipso pecuniam exigere debet, ita et sibi solvere tenetur, si creditor fuerit ejus, cujus gerit negotia, et paratam habeat absentis pecuniam. Imo non tantum sibi, sed et aliis absentis creditoribus solvere jubetur, tum ut sistatur cursus usurarum, tum ut evitetur nummorum periculum, ita *L.* 13 *ff. h. t.*, cujus haec est species: mortuo debitore, creditor cui 50 debebantur, negotia jacentis hereditatis gerens, pecuniam ex venditione rei hereditariae redactam in arcam seposuerat, ac postea haec sine ejus culpa perierat: quaeritur an ab eo, qui quandoque heres existet, suum debitum repetere possit? Et distinguitur, utrum justa causa adfuerit hanc pecuniam custodiendi, veluti si custodia fuerit, quia periculum erat ne praedia in publicationem committerentur, quo casu dicitur debitorem totum suum debitum ab herede repetere posse; si vero justa non adfuerit pecuniae seponendae causa, tunc quoniam debuisset et sibi et caeteris creditoribus hereditariis solvere, periculum totius pecuniae sepositae ad ipsum pertinebit.

§ VI.

In *L.* 19 § 3 *ff. h. t.* proponitur haec quaestio; si eum me absente negotia mea gereres, ignorans rem meam, v. g. equum emeris, an illum possis usucapere? Et quidem, si equum meum usuceperis, dicit J. C. quod mihi actione negotiorum obligatus non sis. Ratio est quod non meum, sed tuum negotium gesseris, quod si priusquam usucapio perfecta fuerit, rem meam esse cognoveris, consulit J. C. ut subjicias aliquem, qui equum meo nomine a te petat, ut sic lata contra te sententia, tibi stipulatio evictionis committatur, id est actionem de evictione contra venditorem salvam habeas, ne si pergas in usucapione, et mihi negotiorum gestorum actione tenearis, ex eo quod sciens equum meum esse usucapionem non interruperis, et regressum quod per evictionem contra venditorem habere potes deperdas: nec tamen per hanc subjectionem videberis dolo agere, id enim non idcirco facis ut venditorem vexes, sed ne tenearis negotiorum gestorum actione, nec autem dolum committit qui bona fide, ut in casu, damnum excludit.

§ VII.

Contraria actio negotiorum gestorum datur gestori adversus eum, cujus negotia gesta sunt, ad repetendum id quod causa negotiorum gestorum sibi abest, vel abfuturum est (*L.* 2 *ff. h. t.*). Abest autem, si ex pecuniis suis domum absentis fulserit, creditoribus solverit etc. Abfuturum est, si pecunias mutuas acceperit, easque impenderit in causam negotiorum.

Caeterum ut haec actio contraria detur, duo sunt requisita. Et quidem primo, ut negotium alterius utiliter sit gestum; hinc sequitur quod is, qui nomine meo solvit indebitum, non sit habiturus hanc actionem, non enim utiliter mea negotia gessit; ad videndum autem an res mea utiliter gesta dici possit, inspici debet initium; unde si res mea ab initio utiliter gesta fuerit, licet postea effectum non habuerit illud negotium, habebit nihilominus gestor actionem negotiorum gestorum contrariam; itaque si insulam fulserit, aut servum aegrotum curaverit, medicamentaque ipsi dederit, licet postea insula exusta, aut servus mortuus fuerit, tamen ipsi competit haec actio, quia non est spectandus eventus, sed sufficit negotium utiliter esse inceptum (*L.* 10 § 1 *ff. h. t.*). Si vero negotia gesserit quae, initio inspecto, nullam domino utilitatem adferre poterunt, non habebit actionem contrariam, licet existimaverit se utiliter negotia gerere, v. g. si domum fulserit, quam dominus veluti imparem sumptui dereliquerat (*d. L.* 10 § 1 *ff. h. t.*), nisi dominus approbaverit quod ab initio inutiliter gestum erat; mediante enim hac ratihabitione ab utraque parte nascetur actio (*L.* 9 *ff. h. t.*).

Ex eo quod diximus, ad actionem contrariam requiri ut negotium utiliter gestum sit, apparet differentia inter negotiorum gestorem et procuratorem; modo enim procurator fines mandati egressus non fuerit, totum quod impendit a mandante repetere potest, sive per hoc mandanti commodum

allatum fuerit, sive non: negotiorum gestor autem ut repetere possit, requiritur ut utiliter impenderit.

Alterum requisitum ut haec contraria competat est, ut gesserit animo alterum sibi obligandi; hinc sequitur, quod si quis animo donandi sumptus fecerit, non possit illos repetere, ut puta si quis pietatis affectu ductus negotia alicujus gesserit, qui animus semper praesumitur in personis conjunctis; ideoque si mater filiis suis, aut vitricus privignis alimenta dederit, vel si maritus aliquid ad curationem uxoris aegrotae erogaverit, id animo donandi fecisse credendus est (*L.* 11, 13, 15 *Cod h.t.*). Quod tamen dicimus de impensis in negotia personarum conjunctarum factis cum hac limitatione intelligendum est, ut non obstante conjunctione, repetitioni locus sit, si quis docere queat se ab initio non pietatis intuitu, sed repetendi animo expendisse (*L.* 12, 15 *Cod. h. t.*), vel si expensas illas faciens obstrictus fuerit administrationi rerum ad eum in cujus utilitatem impendit pertinentiom, v.g. si tutelam ejus gesserit; nam tunc non de suis, sed de ejus bonis, cujus gratia impendit erogasse videtur, maxime si in librum rationum ea quae impendit retulerit (*L.* 34 *ff. h. t.*), ubi etiam monet Paulus disputationem hanc plurimum in facto consistere, ideoque boni judicis erit hic ponderare omnes circumstantias, et videre an non appareat sumptus illos factos fuisse animo repetendi; non enim nimis temere admittenda est praesumptio illa, quod ex pietate negotium gestum sit, siquidem in jure donatio non facile praesumatur.

§ VIII.

Differt directa a contraria actione negotiorum gestorum, quod ut directa detur sufficit negotium gestum fuisse; ut vero competat contraria non sufficit negotium gestum esse, sed ultra requiritur, ut utiliter gestum sit cum animo alterum obligandi. Notetur quod modo utiliter et intuitu alterius gestum sit negotium, adversus quemcumque indistincte actio contraria competat, sive capacem consensus sive non, quia hic agitur de quasi contractu, in quo lex fingit consensum etiam illius, qui alias consentire non valet; si tamen pupilli negotia gesta sint, ille non tenetur, nisi quatenus tempore litis contestatae locupletior factus est (*L.* 37 *princ. ff. h. t.*), alias enim uterque certat de damno vitando, quo casu favorabilior debet esse causa pupilli. Si tamen quis gesserit, ne tutor qui ex officii necessitate omnia negotia sui pupilli gerere debet, tutelae judicio teneatur, ipsum tutorem habebit obligatum negotiorum gestorum, quamvis pupillus tempore litis contestatae non sit locupletior (*L.* 6 *ff. h. t.*); sed et si gestor impenderit in rem talem, in quam pupillus certo impensurus fuisset, tenebitur ipse pupillus, quamvis ea res ante litem contestatam perierit; intelligitur enim per hoc, *factus locupletior*, quod per sumptus a gestore factos suis pepercerit (*L.* 47 § 1 *ff. de solut et lib.*). Habemus etiam casum, ubi ex negotiorum gestione tenetur pupillus, quamvis absolute loquendo locupletior factus non sit; nempe si quis hereditatis negotia gesserit, et postea pupillus adeat hereditatem, tunc enim omnino tenebitur pupillus haud secus ac quilibet alter (*L.* 21 § 1 *ff. h. t.*), scilicet qui negotia hereditatis gerit, quodammodo sibi hereditatem, seque ei obligat, unde nihil interest utrum pupillus vel alter postea heres existat, quia semper eadem manet hereditas, et illud aes alienum, quod nempe gestori debetur, cum caeteris oneribus hereditariis in quemcumque heredem transire debet.

§ IX.

Ex ante dictis jam animadverti potuit unus vel alter casus, quo cessat actio contraria negotiorum gestorum; scilicet imprimis, si initio negotii inspecto, nulla prorsus utilitas potuerit exinde ad dominum pervenire; item si quis pietatis intuitu, non animo repetendi negotia gesserit; alii casus sunt, si quis pro alio impensas fecerit ad quas tenebatur, v. g. si libertus obsequia erga patronum praestiterit (*L.* 5 *cod. h. t*). Cessat quoque haec actio, si quis gesserit negotia aliena putans esse sua, unde sponte sequitur quod bonae fidei possessor, qui aliquid in rem alienam impendit, actionem hanc contrariam ad impensas recuperandas habere non possit, sed via retentionis sibi consulere debet (*L.* 34 *in fine ff. de cond. indeb.*); non enim hoc fecit animo alterum sibi obligandi, et sic deficit requisitum essentiale ad dictam actionem: si igitur bonae fidei possessor hereditatis suo nomine creditoribus hereditariis solverit, magis est ut ablata per verum heredem hereditate, ei condictio indebiti adversus creditores detur, quam negotiorum gestorum adversus heredem (*L.* 19 *ff. de cond. indeb.*). Adversatur tamen *L. ult. ff. h. t.*, quam operae pretium erit integram hic exponere. Supponitur quod servus, quem tibi una cum peculio vendidi, rem aliquam mihi antea surripuerit, quae forte jam mixta est cum rebus ejus peculiaribus: tu putans eam quoque rem esse peculiarem alteri vendidisti, eaque postmodum periit: tali casu, inquit Africanus, dabitur mihi adversus te actio negotiorum gestorum directa, eodem nimirum modo quo in *L.* 3 *cod. de rei vind.* et *L.* 23 *ff. de reb. cred.*; sic enim rem meam vendendo a parte rei negotium meum gessisse videris, si nempe postea contingat me rem illam vindicare non posse, puta ex eo quod res vel periit, vel usucapta sit, vel venditionem ratam habuerim, debebis ergo mihi pretium restituere; sufficit enim meum negotium esse gestum, ut mihi directa competat, ut apparet ex iis, quae statim adduntur in *d. l. ult.*: tunc subjicitur, *sicuti ex contrario in me tibi daretur si cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quan-*

Digitized by Google

doquidem ea solutione liberarer. Numquid ea contraria sunt huic quod diximus, bonae fidei possessorem hereditatis solutum creditoribus hereditariis ab herede repetere non posse per hanc actionem? Minime; hoc enim tantum in *L. ult.* docet Africanus, quod tunc eum solutio facta est nomine veri heredis, possessor adversus ipsum habiturus sit actionem contrariam, quod sic probo: dicit Africanus illam actionem possessori competere, si per solutionem ejus liberatus sit verus heres; jam autem, juxta eumdem Africanum in *L.* 38 §. 1 *ff. de solut. et lib.*, et Pomponium in *L.* 19 §. 1 *ff. de cond. indeb.*, verus heres non liberatur, nisi possessor nomine ejus solverit; poterit autem mirum videri, quod supponamus bonae fidei possessorem hereditatis nomine veri heredis solvere, sed licet casus ille non ita frequenter eventurus sit, est tamen facile reperibilis. Finge enim aliquem bona fide possidere, finge eum postea incipere parumper dubitare utrum hereditas ad se pertineat; haetenus necdum potest dici malae fidei possessor, poterit igitur ille tali casu solvere res suas proprias legatas, non absolute nomine suo, sed hereditario nomine, eo nempe animo ut si postea appareat ipsum non esse heredem, hoc gestum remaneat tamquam a gerente negotia hereditatis, et ibi igitur erit casus ubi poterit gestor illud a vero herede repetere tamquam ejus nomine, seu quod idem est, nomine hereditario solutum. Ad hoc enim ut quis videatur habuisse animum alterum sibi obligandi, non praecise requiritur ut voluerit talem vel talem determinatam personam obligare, sed sufficit modo habuerit intentionem obligandi eum ad quem negotia pertinebant; et hoc etiam fundamento nititur decisio *L.* 5 §. 1 et *L.* 6 § 3 *ff. h. t.*, scilicet quod si Sempronii negotia gesserim, putans esse Titii, adversus Sempronium habiturus sim actionem; licet enim non habuerim animum ipsum obligandi, equidem volebam obligare dominum, quod sufficit.

Circa casum quo quis sciens et prudens mea negotia gessit, non mei sed lucri faciendi causa, adeoque animo depraedandi, *vide Noodt lib.* 3 *prob. juris cap.* 9., in qua recte videtur exponere *L.* 6 §. 3 *ff. h. t.*, in qua casus ille habetur, *vide etiam dissentientem Voet n.* 9 *h. t.*

Contraria actio etiam cessat, si quis per suam gestionem impediverit alium, qui suis propriis sumptibus gesturus fuisset (*L.* 2 *eod. h. t.*); item cessat si quis inviti et contradicentis negotia gesserit, v. g. pro invito fidejusserit et solverit (*L.* 40 *ff. mand.*): tamen apud veteres hac de re magna fuerat controversia; multi enim tali casu saltem utilem negotiorum gestorum actionem concedebant, aliqui etiam directam, sed hanc controversiam sustulit imperator Justinianus *L. ult. cod. h. t.*, et statuit nullam tali casu competere directam nec utilem contrariam, quam decisionem aequissimam putamus, ita ut nequidem actio danda sit in quantum dominus negotii factus est locupletior; nemo enim invitus obligari potest, et qui alterum sibi vult invitum obligare, hoc ipso improbe agere credendus est: si tamen ante domini contradictionem gestor aliquid in rem ejus jam inde impendisset, ratione illius ipsi non esset actio denegandu (*d. L. ult.*).

Notandum est, quod non infrequenter accidat, ut licet deficiat directa actio negotiorum gestorum, actio tamen utilis ex aequitate accommodetur; sic in *L.* 21 *princ. ff. h. t.*, cum tres romani capti essent a lusitanis, unus postea hac conditione fuit dimissus, ut pecunism pro tribus adferret, et nisi rediisset, ut duo caeteri pro eo quoque pecuniam darent; eum autem is reverti noluisset, et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent, Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere judicium, utiliter enim ejus negotia gesserant, cum sine hac conditione ipse ab hostibus dimissus non fuisset: licet ergo stricto jure, quae a captivis facta erant, civem Romanum obligare non possent, ex aequitate tamen recte haec concessa fuit actio.

TITULUS VI.

DE CALUMNIATORIBUS.

Sub hoc titulo agitur de illis, qui pecunia accepta, dolose et calumniose alteri negotium faciunt, quod scilicet adversus illos intra annum detur actio in quadruplum pecuniae sic acceptae, post annum vero in simplum (*L.* 1 *ff. h. t.*).

LIBER QUARTUS

—

TITULUS I.

DE IN INTEGRUM RESTITUTIONIBUS.

§ I. Quid est in integrum restitutio.
§ II. An propter alias causas, quam quae jure expressae sunt, potest indulgeri restitutio.
§ III. Quid hac in re moribus.
§ IV. De restitutione ex capite justi erroris.
§ V. Intra quod tempus petatur restitutio.
§ VI. Quinam possint in integrum restituere.
§ VII. Quomodo restitutio impetratur.

§ I.

Restitutio est pristinae causae redintegratio, sive repositio negotii in pristinum statum. Ad omnem generaliter restitutionem haec quatuor requiruntur: 1.° Ut negotium valeat; quod enim nullum est rescindi nequit; non entis enim nullae sunt qualitates: 2.° Requiritur ut negotium sit rescindibile; unde adversus manumissionem jure factam re-

stitutio concedi nequit, quia tantus erat favor libertatis, ut ubi semel competiit, amplius nec rescindi nec revocari possit; ex eadem ratione hodiedum etiam non datur restitutio adversus matrimonium semel legitime contractum, quia est indissolubile: 3.° Requiritur ut interveniat laesio notabilis, hoc est quod diei solet *quod de minimis non curet praetor*: 4.° Requiritur justa causa ex qua restitutio concedatur, quas fere enumerat J. C. in *L.* 1 et 2 *ff. h. t.*: sunt scilicet numero septem, metus, dolus, minorennitas, absentia, capitis diminutio, justus error, et alienatio judicii mutandi causa facta.

§ II.

Harum occasione nascitur quaestio, an scilicet ob alias causas praeter septem enumeratas, praetor non potuerit concedere restitutionem in integrum, ubi aequitas videretur eam aliquo casu exigere? Verius est praetorem tantum ex his solis potuisse concedere restitutionem, adeo ut si casus aliquis emergat, in quo etiam aequitas praegnantissima eam exigere videretur, praetor per se eam concedere non potuerit, sed debuerit adire principem, qui ex plenitudine potestatis eam tum concedere debebat, ut imprimis probatur argumento variarum *LL.*, inter quas est *L.* 7 *ff h. t.*, in quibus proponuntur casus tales, qui non comprehenduntur sub causis enumeratis, et praetor per se in iisdem non fuit ausus concedere restitutionem, sed principem accessit; jam autem non apparet verosimile praetorem id facturum fuisse, si per se potuisset concedere restitutionem, indicio certissimo praetori id jus non competiisse. Id etiam probatur a ratione; quia si praetori promiscue id licuisset, ut ex quacumque aequitatis ratione, quae sibi videretur sufficiens, restitutionem concedere posset, non foret securitas in contrahendo; quisque enim, qui se vel minime laesum putaret, peteret restitutionem, et cum unusquisque de rebus suis bene sperare soleat, facile sibi blandiretur se eandem impetraturum, sic lites in infinitum augerentur, quae utilitati publicae maxime adversantur. Deinde ut restitutio competere possit, requiritur negotium validum, quod leges pro tali agnoscunt, jam autem praetor, utpote privatus, non potuit directe leges infringere, non potuit itaque per restitutionem infringere contractum, quem leges pro valido agnoscunt, nisi in casibus in quibus leges nominatim id ei concesserant.

Interpretes in contrarium movit *L.* 1 *§.* 1 *ff. ex quibus causis majores*, in qua proponitur edictum praetoris, et in fine ejusdem subjiciuntur haec verba, *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur*. In quibus crediderunt praetori eam potestatem tribui, ut quandocumque aliqua juxta aequitatis ratio restitutionem exigere videretur, praetor eam concedere posset pro suo arbitrio: sed J. C. eam clausulam subjecit postquam immediate ante tractasset de justis absentiae causis, unde haec clausula est intelligenda pro subjecta materia, sive de alia quavis justa absentiae causa, ut adhuc patet, si eadem L. jungatur cum *L.* 26 *§. ult. et L.* 28 *ff. eod.*, in quibus J. C. explicat hanc clausulam edicti praetoris, et ex omnibus, quae subjicit, exemplis evidenter apparet eam esse intelligendam de justis absentiae causis, omnia enim exempla ibi relata eo vergunt.

Obj. *L.* 1 *§.* 9 *ff. de itinere actuque privato*, in qua J. C. proponit, quod fundus per quem iter exercebam fuerit inundatus, sicquae fundum accedere non potuerim, nec transire, fundus autem per annum integrum et forte diutius per aquas fuerat occupatus, postea aquae recesserant et fundus pristino suo statui restitutus erat, unde more solito servitutem exercere volebam, sed dominus me prohibuit, quare volebam agere interdicto de itinere actuque privato: sed ut hoc interdictum locum habeat, requiritur ut intra annum retro itinere usus sim, hic autem ut supponitur, fundus per annum fuerat inundatus, et sic transire non potueram, itaque stricto jure interdicto isto uti non poteram, sed J. C. dicit *me restitui posse*, ex illa clausula edicti praetoris *si qua mihi* etc. Atqui casus hic non potest referri ad casus absentiae, cum ut supponitur, semper fuerim praesens; ergo illa clausula non potest ad solas absentiae causas pertinere. R/. Quod non tantum hic dicatur absens, qui abest ab eo loco de quo agitur corporaliter, sed etiam is intelligitur abesse saltem civiliter, qui eum locum de quo agitur naturaliter accedere non potest: hic autem cum fundus inundatus esset, accedere non poteram, hinc quamvis corporaliter essem praesens, civiliter tamen, vel ut alii loquuntur moraliter intelligebar absens, et ideo mihi quasi absenti justa de causa restitutio conceditur ex clausula supradicta.

§ III.

Itaque verius est quod ex alia causa, praeter septem enumeratas, de jure restitutio concedi non potuerit, quantumvis causa videretur justa; verum quidem est, quod adhuc una aut altera potuisset adjungi. V. G. si quis necessitate naturali impeditus fuerit aliquid facere et sic damnum passus sit, sed hoc equidem factum non est, unde cum non sit judicis inducere novas leges aut causis a legibus statutis aliam superaddere, non potuerunt sane judices ex alia causa restitutionem concedere.

Hodiedum tamen contra jus Romanum receptum est, ut etiam ex aliis causis judices possint concedere restitutionem, quoties scilicet aequitas praegnans illud ipsis exigere videtur: propterea tamen antedicta non debent videri inutilis, ad hoc enim

servire possunt, ne judices nimis faciles se praebeant ad concedendas ejusmodi restitutiones extra causas legibus expressas; nihil enim magis utilitati publicae contrarium foret, quam ut judices promiscue in quacumque causa praetextu aequitatis sat saepe cerebrinae restitutionem concederent, et sic nulla foret securitas in contrahendo.

§ IV.

Inter causas impetrandae restitutionis retulimus justum errorem, hic autem saepe a multis confunditur cum justa ignorantia, cum tamen toto coelo differant: nam error semper se tenet positive, et includit aliquid quod nos in errorem inducit, quod ideo etiam ubi petitur restitutio ex causa erroris, probari evidenter debebit; sed ignorantia potest se habere mere negative, nec de se quidquam includit, quod nos in tali ignorantia constituat; sic enim, si me dormiente aliquid factum sit in eo loco in quo dormiebam, certe dicar id ipsum ignorare; idem contingere potest in ebrietate, sed tali casu ego non possem dici errare, nihil enim intervenit quod me in errorem induceret; hinc quamvis concedatur restitutio ex causa justi erroris, non tamen erit concedenda ex causa justae ignorantiae; nihil enim facilius est, quam talem ignorantiam fingere, ejusque probatio aut improbatio plerumque prorsus vaga et incerta foret; quinimo nec adhuc ex quacumque causa justi erroris concessam fuisse restitutionem satis probabiliter defendit D. Noodt, sed tantum ex hac sola causa, quando scilicet falsus tutor vel curator intervenit tanquam verus; titulus enim digestorum, qui inscribitur *Quod falso tutore auctore gestum erit,* videtur pertinere ad hanc solam restitutionem, ut patet ex legibus Ulpiani sub eo titulo relatis; inscriptae sunt enim *libro duodecimo ad edictum*, uti et leges Pauli in eodem titulo exstantes: jam autem, ut constat ex legibus Pauli et Ulpiani relatis sub titulo *Quod metus*, *De dolo*, *De minoribus etc.*, Paulus et Ulpianus in libro 11 et 12 ad edictum egerunt de restitutione in integrum ex hac causa. His accedit, quod nullum neque in *cod.* neque in *ff.* aliud exstet exemplum restitutionis concessae ex causa erroris, tamen id apparet prorsus improbabile, quod si ex aliis causis erroris competiisset restitutio, nullibi ejus mentionem fecissent. Tandem non apparet ratio, cur J. C. concepissent titulum specialem pro casu falsi tutoris, cum tamen pro caeteris causis impetrandae restitutionis conceperint titulum generalem.

§ V.

Sequitur videre quomodo, et intra quod tempus restitutio petatur, et videndum an petatur per modum actionis, an vero per modum exceptionis. Si per modum actionis, omnes restitutiones peti debent intra quadriennium, excepta restitutione ex capite doli, quae petenda est intra biennium, quod est continuum uti et quadriennium ante dictum. Neque obstat *L.* 7 *cod. de temp. in integ. rest.*, in qua dicitur *non tantum in minorennium restitutionibus, sed etiam in majorum restitutionibus competere quadriennium*, quia Imper. in eadem agit de illis restitutionibus, in quibus olim dabatur annus utilis, quem ipse convertit in quadriennium continuum, jam autem ut constat ex *L. ult. cod. de dolo malo*, pro restitutione ex capite doli non annus utilis, sed biennium continuum dabatur; cum ergo tantum loquatur de restitutionibus in quibus dabatur annus utilis, illae restitutiones, in quibus dabatur biennium, aut aliud tempus intra idem tempus adhuc dantur. Juri veteri enim tamdiu standum, quamdiu non reperitur expresse correctum. Haec ita, si per modum actionis agatur, si autem per modum exceptionis proponatur, erit perpetua.

Non tantum autem intra illud quadriennium restitutio est petenda, sed etiam absolvenda, quod sane hic est singulare, cum per litis contestationem actiones, alioquin tempore periturae perpetuentur. (*L.* 7 *cit.*)

§ VI.

Restitutionem concedere possunt soli magistratus majores, quales erant praetor et praefectus urbi apud Romanos (*L.* 16 § *ult. ff. de de minor.*), et quidem eam restitutionem concedere possunt contra propriam sententiam, quamvis tamen ab ipsorum sententia non daretur appellatio (*L.* 17 *ff. de minor.*), ubi rationem subjicit, dum ait: *haec idcirco tam varie, quia appellatio iniquitatis querelam, in integrum vero restitutio, erroris proprii veniae petitionem vel adversarii circumventionis allegationem continet.* Id est is qui appellat, judicem accusat inscitiae vel iniquitatis; sed is qui restitutionem implorat, veniam proprii erroris petit, vel allegat circumventionem adversarii sui.

§ VII.

Restat videre quomodo restitutio impetretur. Plurimi crediderunt eam impetrari duplici judicio sive actione, quorum primum vocant *rescindens*, aliud vocant *rescissorium* vel *restitutorium:* per primum dicunt actum rescindi, ex quo quis laesus est; per secundum dicunt jus pristinum restitui: v. g. si quis petat restitutionem ex capite absentiae contra usucapionem completam, priori judicio id tantum petitur, aiunt, ut usucapio completa rescindatur; per secundum petitur, ut rescissa usucapione res ipsa actori restituatur. Multo tamen verius est, unica actione et unico judicio totum negotium absolvi, ita ut restitutione impetrata non tantum rescindatur usucapio in exemplo proposito, sed etiam res

ipsa jubeatur restitui ipsi actori tamquam domino: scilicet ita res se habet, restitutio pristini juris principaliter petitur, eaque est in ipsa actione, rescissio autem actus vel negotii ex quo quis laesus est, magis continetur nfficio judicis, et tantum per consequentiam faciendae restitutionis venit, ut actor jus pristinum consequatur. Haec sententia probatur per *L.* 9 §. 7 *ff. quod. metus*, et item *L.* 26 §. 7 *et* 8 *ff. ex quibus causis maj.* (vide Vinnium in suis selectis quaestionibus *lib.* 1 *cap.* 10.). Secundum hanc sententiam judicatum fuit in Concilio Mechliniensi in hac causa: minor, per sententiam judicis dejectus ex possessione fundi patrimonialis, petierat restitutionem et nbtinuerat; adversarii dicebant per hanc restitutionem tantum fuisse rescissam sententiam, et nolebant restituere possessionem, dicentes quod adhuc aliud judicium, quod vocabant *restitutorium*, intentari deberet; sed judicatum est in consequentiam prioris sententiae etiam possessionem esse restituendam.

Opinio vulgaris fundatur in *L.* 46 §. 3 *ff de procur.* ubi dicitur: *item quaeritur si judicium acceperat defensor, et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium judicium accipere, et magis placet cogendum.* Sed sola expositione casus apparebit J. C. per restitutorium judicium non intellexisse quod volunt. Casus erat: minor petebat rem quam Titius possidebat, Maevius absente forte Titio ejus defensor fuerat: minor, qui forte male causam suam instruxerat, fuerat victus; ideoque petiit et obtinuit restitutionem contra sententiam adversus se latam; ea impetrata, pristinam actionem, quae forte fuerat extincta per sententiam quae in rem judicatam transierat, intentavit; quaerebatur an defensor adhuc Titium defendere deberet, et respondet J. C. eum debere.

TITULUS II.

QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT.

§ I. Vis et metus definiuntur.
§ II. Requisita, ut ex capite metus restitutio concedatur.
§ III. Actionem hanc esse personalem, arbitrariam, et in rem scriptam demonstratur.
§ IV. Explicatur *L.* 9 *§. ult.*, *L.* 10 *et* 11 *ff. h. t.*
§ V. An detur actio quod metus causa adversus heredes metum inferentis.
§ VI. An adversus tertium possessorem.
§ VII. An toto quadriennio quo durat haec actio propter contumaciam crescat in [illegible].
§ VIII. A quo tempore currere incipiat illud quadriennium.
§ IX. Quomodo haec actio cessat.
§ X. An testamentum metu conditum valeat.

§ I.

Vis definitur, quod sit majoris rei impetus, cui resisti non potest; v. g. si quis per vim pileum meum auferat. Actus vi initi sunt prorsus nulli et invalidi, cum vis omnem consensum impediat, sine quo actus inter vivos non consistunt. Metus definitur, quod sit instantis et futuri periculi causa mentis trepidatio: mentis consensum absolute non impedit metus, sed tantum tollit libertatem ejusdem, unde etiam contractus metu initus subsistit; non obstante metu enim intervenit consensus, quamvis coactus, ut J. C. reflectit in *L.* 21 §. 5 *ff. h. t.* dum dicit: *quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*, hoc est: consensus coactus etiam verus est consensus, atque adeo is sufficit ad validitatem contractus, quinimo ad hoc metus infertur, ut consensus, qui alias positus non esset, ponatur; scilicet metus efficit quidem ut non libere consentiam, sed tamen consentio; metu enim illato optionem habeo, an consentire velim in id quod alter a me extorquere conatur, an vero velim exspectare effectum minarum ipsius; unde is qui metu aliquid facit, mavult illud facere, quam exspectare eventum minarum: unde satis apparet quod in id quod agit consentiat. Neque his obstat *L.* 116 *ff. de reg jur.*, in qua J. C. dicit: *nil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est.* Ex quo aliqui inferunt, quod contractus bonae fidei metu initi sint invalidi, sed male; non enim J. C. dicit metum invalidare contractum bonae fidei. sed quod contra bonos mores sit eundem comprobare: jam autem quamvis contractus subsistat, inde non sequitur leges metum comprobare; nam et praetor contra similes contractus metu initos remedium praebet, scilicet restitutionis in integrum, per quod contractum metu initum rescindit ac effectu suo destituit, aut si res adhuc salva sit, dat exceptionem *metus*, qua opposita nequit obtineri implementum contractus. Deinde illa lex est desumpta ex *lib.* 11 *Ulp. ad edictum*: jam autem, ut constat ex omnibus legibus Ulpiani sub hoc titulo et sequenti, Ulpianus in eodem egit de contractibus ipso jure validis, sed qui per restitutionem possunt rescindi; non fuit igitur mens Ulpiani in *L.* 116 quod contractus metu initi non valerent.

§ II.

Ut restitutio ex capite metus competat, non sufficit qualiscumque metus, sed imprimis requiritur ut metus sit gravis; illa autem gravitas potest esse respectiva: sic enim metus, qui respectu militis non sufficeret ad eum permovendum, aliquando vel maxime sufficeret respectu mulieris, facilius enim solent moveri mulieres quam masculi; illud notandum, quod solus metus reverentialis non sufficiat. Ex eo quod requiratur metus gravis, recte J. C. in *L.* 7 *ff. h. t.* infert, quod metus infamiae non sufficiat, quia scilicet nemo potest fieri infamis, nisi

Digitized by Google

vel ipso jure propter delictum forte quod commisit, vel per sententiam judicis, sed privatus alium infamem facere non potest; potest quidem aliquis me calumniare, sed tunc babebo contra ipsum actionem injuriarum. Debet etiam metus esse praesens, ita ut non sufficiat suspicio ejus inferendi; hinc J. C. in *L*. 9 *ff. h. t.* recte dicit, quod si forte aliquis mihi renuntiaret alterum venire cum armis, ut me dejiceret ex fundo meo, et ego hoc metu inductus fundum dereliquero, non esset locus edicto *unde vi*, uti nec edicto *quod metus causa*; ideo priori non est locus, quia dejectus non sum, nec posteriori, quia metus non erat praesens; scilicet is qui cum armis veniebat, metum non intulit, is autem qui renuntiavit quidem metum intulit, sed in eo non erat potestas me dejiciendi, unde non possum videri ex metu sufficienti recessisse ex fundo meo. Aliter dicendum, si armati ingressi fuissent fundum meum, aut ego eos jam viderem venientes, ut me dejicerent, et ideo dereliquissem fundum meum, tunc enim edicto *quod metus causa* locus foret; jam enim metus erat praesens, ipsi enim venientes mihi intulerunt metum, eratque in eorum potestate me dejicere, et de hoc casu intelligenda est *L*. 33 §. 2 *ff. de usucap.*, in qua cum Cujacio loco *existimaverit venientes* legendum *extimuerit venientes*, uti etiam contextus ejusdem legis exigit; non enim recte dicitur in lingua latina *existimo venientes*, sed *existimo venire*, ast recte dicitur *extimesco venientes*. Requiritur insuper, ut metus sit illatus ab extrinseco, ai ab intrinseco proveniat, huic actioni locus non erit; unde si quis examinandus ex timore repulsae male respondisset, et ideo repulsam tulisset, huic actioni locus non esset, quia iste metus provenit ab intrinseco, unde non sufficit ad restitutionem concedendam. Debet etiam metus esse illatus ad extorquendum id quod quis per metum praestitit, unde si quis in via aggressus a latronibus alterum transeuntem advocaverit ut liberaretur, promissa ei ingenti summa pecuniae, non dabitur ei restitutio ex hac causa, ut J. C. monet in *L*. 9 §. 1 *ff. h. t.*, et *L*. 34 §. 1 *ff. de donat.*, scilicet transiens ille metum non intulit ad extorquendam eam pecuniam, sed latrones intulerunt metum, ut sibi aliquid daret: aliud foret, si ipse transiens foret aliquis ex consortibus, et ideo transiisset quia praevidebat quod ipsum advocasset, tunc enim eum metus sit illatus ad eum finem, haec actio competeret. Requiritur insuper, ut durante metu sit datum; alias enim si forte metu inductus promiserim, sed non tradiderim, postea cessante metu tradam, haec actio non dabitur, quia jam sponte dedisse videor, utpote qui cogi non poteram ut darem, ngentem enim repellere potuissem exceptione *quod metus*.

§ III.

Ubi haec concurrunt, actio *quod metus causa* locum habet. Ea autem est personalis, in rem scripta, et arbitraria. Actiones dicuntur arbitrariae, in quibus judex primario reum condemnat ad aliquid dandum vel faciendum, quod nisi det vel faciat, sequitur condemnatio in aliquid gravius; sic in actione *quod metus causa* judex primario reum condemnat ad restitutionem rei per metum extortae, quam si reus facere detrectet, in poenam contumaciae in quadruplum condemnatur, sic tamen ut illud quadruplum non contineat meram poenam, sed res ipsa quadruplo insit, ut sic poena tantum sit tripli. Est etiam haec actio personalis, utpote orta ex delicto, sive metu illato. Est tamen in rem scripta, unde non tantum datur contra metum inferentem, sed etiam contra tertium possessorem rei per metum extortae, quatenus ex metu illato ad eum pervenit; ideo etiam contra tertium possessorem datur, quia alias metum passo non foret satis consultum, cum enim metus soleat inferri a larvatis et ignotis hominibus, insuper is soleat inducere mentis perturbationem, quae impedit quominus quis advertat ad id quod agit, plerumque contingeret, ut metum passus non sciret quem convenire deberet; hine ut ejus indemnitati omnimode prospiceretur, visum fuit etiam hanc actionem contra tertium possessorem dandam esse.

§ IV.

Ex jam dictis facile intelligitur *L*. 9 §. *ult.*, item *L*. 10, et 11 *ff. h. t.*, in quibus proponitur hic casus. Debebantur mihi 100 sub fidejussore: debitor principalis mihi metum intulit, ut sibi accepto ferrem: hac acceptilatione interveniente, non tantum debitor fuit liberatus, sed etiam fidejussor; dicit J. C. mihi non tantum actionem dari contra debitorem principalem, ut se in pristinam obligationem reponat, sed etiam contra fidejussorem, quia quamvis fidejussor metum non intulerit, tamen ex metu illato aliquid ad fidejussorem pervenit, scilicet liberatio; acceptilatio enim extinguit obligationem ipso jure, actio autem *quod metus causa* datur contra omnem illum ad quem aliquid pervenit ex metu illato, hoc tamen discrimine inter debitorem, qui metum intulit, et fidejussorem; quod debitor non tantum conveniri possit ut ipse se de novo obliget, sed etiam curet fidejussorem se de novo obligare; sed fidejussor in hoc tantum tenetur et conveniri potest, ut ipsemet se de novo obliget, sed ad hoc conveniri non potest, ut curet debitorem se de novo obligare: ratio differentiae est, quod per ipsum debitorem factum sit, ut fidejussor liberaretur, sed fidejussor non effecit, ut debitor liberaretur; is enim ex proprio facto, scilicet ex acceptilatione liberatus est.

§ V.

Actio *quod metus causa* etiam datur contra be-

redes metum inferentis non in solidum, cum ortum habeat ex delicto, sed tantum quatenus pervenit, ut contingit in omnibus actionibus ex delicto proficiscentibus: hoc tamen notandum, quod ad heredem sufficiat semel pervenisse, unde si postea apud eum exstare desierit, nihilominus adhue conveniri poterit. In quo differt heres metum inferentis a tertio possessore; hic enim tantum tenetur et conveniri potest, quatenus apud eum extat a tempore quo agitur; sed in herede hoc non requiritur, quinimo quando ad primum heredem vel semel pervenerit, etiam secundus heres, ad quem nil unquam pervenit hac actione tenebitur; et hoc J. C. exponit in *L. 17 ff. h. t.*, quo etiam spectat *L. 127 ff. de reg. jur.*, in qua dicitur *cum praetor in heredem dat actionem quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti*; id tamen sat singulare apparet, cum delicta non transeant ad heredes, nec heres teneatur ex delicto defuncti, nisi quatenus pervenit; sed hoc ita, quia cum heres ex persona defuncti omne lucrum sentiat et commodum, etiam satis aequum videbatur, ut sustineret incommoda, atque adeo etiam de delictis defuncti teneretur. Sed tamen iis obstabat, quod delicta sint personalia, nec ad heredem transeant, absurdum enim videbatur alterum luere poenam alterius delicti. Haec duo principia sic conciliarunt Romani, ut sufficeret vel semel pervenisse ad heredem, quamvis postea apud eum exstare desiisset; sic enim aliquatenus utrique rationi videbatur satisfactum; jam enim heres non intelligitur teneri ex delicto defuncti, sed quia pervenit, ita ut hoc ipso quo aliquid pervenit, actio perpetuetur, fiatque transitoria ad heredes; hinc etiam est, quod si modo ad primum heredem pervenerit res metu extorta, quamvis ad secundum heredem nil pervenerit, tamen hic teneatur.

§ VI.

Hinc jam etiam apparet disparitas inter heredem et tertium possessorem; tertius enim possessor non repraesentat personam metum inferentis, neque ex ejus persona aliquod lucrum aut commodum sentit, unde nulla interveniit ratio, cur ex ejus delicto teneretur. Non tantum tertius possessor ante litem contestatam non tenetur de eo quod pervenit; sed et post litem contestatam, si res perierit sine culpa et dolo ipsius, nec cogi poterit ad praestandam aestimationem ejus, nisi forte actor probare paratus esset, se rem illam fuisse distracturum, si ea sibi a possessore restituta fuisset, tunc enim nihilominus ad aestimationem condemnaretur; idque contingit propter regulam, quod actor lite contestata debeat habere omne illud quod habuisset, si tempore litis contestatae res ei restituta fuisset. Quod diximus tertium possessorem non teneri, si post litem contestatam res perierit sine culpa et dolo ipsius, etiam obtinet, si forte res quidem adhuc extet, sed eam vendiderit, aut alio modo in alium transtulerit, pretiumque quod forte percepit consumpserit, aut etiam perierit antequam illud suis pecuniis misceret (Argum. *L. 23 ff. de petit. hered.*).

Quid si metum passus agat contra tertium possessorem, qui forte rem illam titulo oneroso comparavit, v. g. titulo emptionis, an actor non debebit reddere pretium quod exsolvit? Et juxta *L. unic. cod. de repud.* et, *L* 3, et 4 *cod. h. t.* distinguendum est: an actor pro re illa vicissim aliquid receperit, v. g. per metum coactus rem illam vendiderit, sed forte viliori pretio: an vero nil vicissim receperit. Et siquidem aliquid recepit, quatenus recepit possessori ad restitutionem tenebitur, quamvis etiam id quod recepit excederet pretium, quod possessor pro ea re exsolvit; restitutionem enim petens, petit reponi in eum statum, in quo erat antequam metus inferretur, cui consequens est, quod recepta re per metum extorta, debeat vicissim reddere quod pro eadem recepit: et revera alias, restitutione impetrata, lucrum retinere posset; restitutio autem non est adinventa ad faciendum lucrum, sed ad avertendum damnum. Si jam actor nil vicissim recepit, nil etiam reddere debebit possessori, ut rem suam recuperet; restitutio enim ponit eum in pristinum statum, in quo erat ante metum, tunc autem nil ei aberat ratione ejusdem, si autem possessori reddere deberet pretium quod ipse exsolvit, ipsi abesset pretium quod non abfuisset, si metus illatus non fuisset.

Huic obstat, quod restitutio reponat utrumque in pristinum statum; hic autem tertius possessor in pristinum statum non reponitur, si ei non reddatur pretium. ℟. Quod restitutio primo et principaliter restituit eum qui restitutionem impetravit; alterum, contra quem restitutio impetratur tantum eatenus restituit, quatenus fieri potest sine laesione prioris.

Obstat etiam, quod uterque hic certet de damno vitando, tam actor quam possessor; in pari autem causa melior est conditio possidentis, quam actoris. ℟. Quod uterque etiam actionem habeat, actor scilicet contra metum inferentem, tertius possessor etiam contra metum inferentem, vel alium a quo rem illam comparavit, si alteruter ipsorum a metum inferente indemnitatem consequi non possit, magis est ut ea res damnum adferat possessori, quam actori. Actor enim invitus et nolens re sua caret, nec potuit non carere, sed tertius possessor volens emit, debuitque scire conditionem ejus a quo emerat, an scilicet re evicta ab eodem indemnitatem consequi posset; quod si non fecit sibi imputet, si jam damnum sentiat, ast metum passo nil imputari potest.

§ VII.

Ante diximus Justinianum in locum anni utilis

substituisse quadriennium continuum, intra quod haec actio deberet intentari et finiri; unde quaeri potest, an etiam intra totum quadriennium haec actio propter contumaciam crescat in quadruplum? Et quamvis plurimi putent eam in quadruplum tantum dari intra annum, post annum vero in simplum, verius tamen est jure civili toto quadriennio ex contumacia eam crescere in quadruplum; Justinianus enim producens tempus istius actionis, nil immutavit in natura ejusdem, unde eadem cum omnibus suis qualitatibus toto quadriennio perdurat, et ita sicuti ante legem Justiniani ex contumacia intra annum cresceret in quadruplum, sic et post eam constitutionem intra totum quadriennium per contumaciam in quadruplum crescet.

§ VIII.

Tempus illud quadriennii incipit demum currere a tempore cessantis metus. Hinc si quis cum monasterium fuisset ingressus, et eodem egredi vellet ante professionem, per minas autem parentum in eodem permanserit et professionem emiserit, querela nullitatis, quae hodiedum durat decem annis, adhuc intentari poterit decem annis post mortem parentum, si scilicet metus toto tempore perduraverit, et parentes in eodem proposito perseveraverint.

§ IX.

Cessat actio quod metus, primo si actus metu initus sit invalidus, quales sunt datio libertatis metu facta vel etiam dotis, quia tantus est favor libertatis et dotium, ut si semel jure datae sint, amplius rescindi non possint; similiter matrimonium metu contractum est nullum, et ideo nec ei, qui sic contraxit, restitutione opus est, eum matrimonium nitatur summa conjunctione animorum, eaque vix haberi possit, nisi omnino libere contrahatur, ideo leges requisiverunt plenum consensum. Cessat etiam actio quod metus causa, si quadriennium sit elapsum, aut nulla laesio contigerit ex metu illato, vel desit unum ex requisitis quae ante exposuimus, v. g. si metus juste sit illatus.

§ X.

Sed illud controvertitur, an testamentum metu conditum sit nullum? Huberus quidem subtiliter probare conatur illud non valere, verius tamen est illud consistere; inprimis enim omnes caeteri actus metu initi sunt validi, idque ideo quia consensus metu interpositus est verus consensus, igitur ex eadem causa debet valere testamentum; si enim non non valeret, deberet esse defectu voluntatis, quae in casu non deest, cum coacta voluntas sit vera voluntas. Verum quidem est, dotis promissionem et dationem libertatis metu factam esse irritam, sed id contingit ex speciali ratione, quam jam vidimus, quaeque cessat in testamentis; non raro enim contingit testamenta valide condita ex postfacto rescindi, ut constet ex toto titulo de *inoffic.*, item ex titulo *de his quibus ut indign.*, et variis aliis.

Non obstat *L. 1 Cod. de SS. eccles.* in qua dicitur: *quod ultimae voluntatis liber debet esse stilus, et liberum quod iterum non redit arbitrium.* Nam id tantum voluit imperator in his verbis, quod liberum esse debeat testatori instituere heredem quem voluerit; nimirum antea non licebat ecclesiam aut monasterium instituere heredem, quod imperator in eit. lege permittit, et ideo ea verba subjecit.

Non obstat etiam, quod si aliquis ex testibus, qui adstitere testamento, vi vel metu coactus fuisset, testamentum non valeret, atque adeo multo minus valere debeat testamentum metu conditum, cum voluntas testatoris sit anima ipsius testamenti. Nam disparitas est, quod adhibitio testium sit ex solemnitatibus externis ipsius testamenti: hac scilicet, juxta Romanorum hac in re scrupulositatem, debebant esse omnino praeparatae, ita ut nil fortuiti in testamenti factione passi sint, unde inconveniens videbatur testamentum non valere, ubi testes fortuito fuissent praesentes, et tamen valere ubi fuissent coacti; ast voluntas testatoris est de solemnitate interna, scilicet illa adhibetur propter se ipsam, non propter aliud, ut nimirum constet de eadem, unde cum voluntas coacta sit vera voluntas, et leges simpliciter requirant voluntatem et verba, dicimus testamentum valere.

Obj. *L. 5 cod. de legibus*, in qua dicitur: *quod lege prohibente fit, sit ipso jure nullum.* ℟. Sed hoc ita demum est verum, nisi poena in jure reperiatur expressa; ea autem est in casu, quod testamentum rescindatur, et auferatur hereditas ab eo qui testatorem coëgit, tanquam ab indigno.

Obj. Testamentum non potest pendere ab arbitrio alieno, sed debet perfici sola voluntate testatoris. ℟. Hic etiam non pendet ab arbitrio metum inferentis, sed a voluntate testantis; etenim coacta voluntas est vera voluntas.

TITULUS III.

DE DOLO MALO.

§ I. Quid sit dolus, et de divisione ejus in bonum et malum.
§ II. De alia divisione in dantem causam contractui, et incidentem in contractum.
§ III. De dolo incidente in contractum b. f., et stricti juris.
§ IV. Quid interest, an contractus sit nullus, an debeat rescindi.
§ V. Quid interest, an dominium transferatur in dolosum, si contractus ob dolum nullus esset.
§ VI. An admittenda sit distinctio dicentium contractum debere rescindi, si dolus ei causam dederit, agi vero quanti minoris, si dolus inciderit.

§ I.

Dolus generaliter sumptus est dum aliud agitur, aliud simulatur: dividitur autem in bonum et malum. *Dolus bonus* est omnis solertia adhibita, non praecise ad alterum decipiondum, sed ad oxcludendum dolom alterius; *dolus malus* autem est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita (*L.* 1 § 2 *ff.h.t.*); quan definitio non debet videri nimis abundare synonimis, utpote facta a Labeone, quo nullus J. C. melius novit proprietatem ac vim verborum, utpote cui rei ipse ex professo operam dedorat.

§ II.

Dividitur etiam dolus in dolum dantem causam contractui, et in dolum incidentem in contractum. *Dolus dans causam contractui* est is, qui si non intervenisset, contractus initus non fuisset, v. g. si quis tenderet ad forum, non habens aoimum ibidem quidquam gerendi aut contrahendi, ab alio inductus sit ad emendum a se equum, idque dolose, ita ut in ea emptione sit deceptus. *Dolus incidens in contractum* est, qui licet quidem non intorvenisset, contractus adhuc initus fuissot, sed non in pejus, v.g. si quis tendens ad forum animo ibidem emendi equum, in co emendo dolose sit deceptus.

§ III.

Huic divisioni rursus alia subjicitur, scilicet qua dolus dividitur in dolum adhibitum in contractu stricti juris, et in dolum adhibitum in contractu bonae fidei. Videamus ergo quid juris sit, si dolus in aliquo contractu sit adhibitus: et siquidem dolus adhibeatur contractui stricti juris, sive in cum incidat, sive eidem det causam, omnes interpretes admittunt eum non vitiare contractum, et contractum, eo non obstanto, esse validum. Sed quid, si fuerit adhibitus in contractu bonae fidei? Tunc interpretes solent distinguere: ut siquidem dederit causam contractui, contractus sit nullus, idque ex hac ratione, quod in contractibus b. f. debeat adesse b. f., cui nihil magis contrarium est quam dolus: si vero tantum inciderit in contractum, tunc concedunt contractum esse validum, sed rescindi debere. Haec divisio ab omnibus fere interpretibus admittitur, ast perperam, ut putamus, nulloque solido fundamento eos niti, nec etiam in ullo juris textu eos fundatos esse credimus: dicimus itaque omnes contractus, sive siut b. f. sivo stricti juris, sivo dolus iis causam dederit sive tantum inciderit, esse validos; quam sententiam imprimis probat *L.* 5 *cod. de rescind. vend.*, cui si addatur *L.* 5 *cod. de in integr. rest. minorum*, ad quam non satis reflexisse videntur, res clara fiet; utraque enim est eorumdem impp., utraque directa ad eundem Rufum, contextusque insuper probat primam ad secundam referri debere, ita ut dictae *LL.* partem fecerint ejusdem rescripti. In *d. L.* 5 *cod. de rescind. vend.* dicitur: *si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse, praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei quae in hujusmodi contractibus*: dolus tamen ibidem dedit causam contractui, ut patet ex verbis ejus; ait enim *si fecerit venditionem deceptus*, ex quibus patet, dolum jam inde praecessisse contractum et non incidisse. Insuper quando dolus tantum incidit, tunc deceptus non dolo venditionem fecit, nam in eo quod venderet non fuit deceptus, cum equidem vendidisset, sed quando dolus dedit causam, tunc recte dicitur dolo deceptus fecisse venditionem, quia nisi dolus intervenisset, non fecisset venditionem. Sed replicant, quod quamvis vorbum *rescindi* stricto jore quidem dici nequeat, nisi de contractu valido, quandoque tamen etiam aliter accipiatur, ut in *L.* 5 § 2 *ff. qui et a quibus manumissi*, ubi manumissio in fraudem creditorum facta dicitur rescindi debere, cum tamen sit ipso jure nulla. Ast reflectant in *L.* 5 *de rest. minorum*, ad quam hanc referri debere diximus, expresse agi de restitutione, atque adeo supponi venditionem osse validam. Hoc ipsum otiam probatur ox *L.* 11 § 5 *ff. de act. empti* juncta *L.* 13 § 4, ot 5 *ff. eod.*: in *L.* 11 § 5, item in *L.* 13 § 4 agitur de casu, quo dolus tantum incidit et dicitur *competere actionem ex empto*: in *L.* 13 § 5 autem agitur do casu, quo dolus dedit causam, ot itidem dicitur competere *actionem ex ipso contractu*; ergo nulla est facienda distinctio, utrum dolus causam dederit, an vero tantum inciderit, cum utroque casu semper detur actio ex ipso contractu ad emendandum dolum. Haec sententia etiam a ratione validissimis argumentis est munita, et quidem, ut jam vidimus titulo praecedenti, contractus b. f. metu initus est validus, ac rescindi debet, jam autem metus magis contrarius est consensui, quam dolus, quippe metus cogit poni consensum, qui alias nunquam ponendus fuisset; ast dolus tantum allicit, ita ut consensus omnino libere praestetur; et ideo etiam est, quod matrimonium metu initum sit nullum, non tamen ubi dolus ei causam dedit, nisi simul interveniret error in persona, vel in tali qualitate quae in personam redundat; nam hoc casu

non tantum matrimonium, sed etiam alii contractus forent nulli, tunc enim dolus aut error commissus est in ipsa re; sic v. g. si quis annulum aeneum pro aureo vendidisset, emptio foret nulla. Insuper dolus, quem ipsi vocant incidentem, etiam est dolus dans causam contractui; quamvis enim non dederit causam emptioni in genere, dedit tamen causam huic emptioni determinatae et individuae, atqui tamen emptio non est nulla propter dolum incidentem, ergo etc. Praeterea, si contractus b. f., cui dolus causam dedit, esset nullus, deberet esse vel defectu consensus, vel defectu b. f.; jam autem non est certo nullus ob defectum consensus, quia consensus dolo praestitus etiam verus est consensus; praeterea dolus iste non impedit consensum in contractibus stricti juris, etenim eo non obstante iidem sunt validi, cum tamen aeque in iisdem requiratur consensus, quam in contractibus b. f. Nec quisquam dicat, quod major consensus requiratur in contractibus b f., si quidem in consensu praestando gradus statui non debeant: sed nec etiam ob defectum b. f. debet esse nullus, tunc enim b. f. deberet esse de substantia et essentia contractuum b. f., ergo etiam deberet contractus b. f., in quo incidit dolus esse nullus, is enim dolus etiam tollit b. f.: est quidem verum, quod b. f. debeat praestari in contractibus b. f., sed id intelligi debet de uberiori ac pleniori ejus effectu, quod autem uberior ejus sit effectus in contractibus b. f. quam stricti juris, id provenit ex pacto tacito ipsi contractui b. f. quasi incontinenter adjecto, quo inter contrahentes, id actum creditur, perinde atque si expresse de eo convenisset, ut omnia b. f. in iisdem agerentur; si autem id expresse pactum foret, certo b. f. praestari deberet, jam autem pacta contractibus b. f. in continenti adjecta iisdem insunt, et ad implomentum eorumdem agi potest per actionem ex ipso contractu: itaque quod b. f. omnia geri debeant in contractibus b. f., id non provenit ex eo, quod bona fides sit de essentia eorum, sed ex pacto illo tacito, quod iis incontinenti censetur adjectum; ast vero pacta etiam in continenti adjecta, contractibus stricti juris nunquam insunt, unde non mirum est in iisdem b. f. praestari non debere.

Obj. Consensui nil magis contrarium esse quam errorem, et hinc est quod dicitur, *errantis nullus sit consensus*, atqui in omni contractu et praecipue in contractibus b. f. requiritur consensus, ergo etc. ℟. Quam debile sit id argumentum ex eo patet, quod non minus in contractibus stricti juris, quam in contractibus b. f. requiratur consensus, atqui tamen in iis dolus, qui causam dedit contractui, consensum non tollit, ut patet ex eo quod eo non obstante adhuc sint validi, ergo etc. Quod autem dicitur, *quod errantis nullus sit consensus*, hoc verum est, si in ipso consensu sit erratum, v. g. si in re ipsa sit erratum, ut in emptione venditione si emptor putaret se emere poculum aureum, cum tamen esset aeneum; ast hic non est erratum in ipso consensu aut in re, sed tantum in causa efficiente consensum, sive in causa contractus.

Obj. *L.* 5 § 2. *ff. de auct. et cons. tut.*, in qua agitur de emptione dolo facta, et dicitur esse nulla. ℟. Non ideo emptio dicitur nulla, quia est dolo facta, sed quia idem non potest esse emptor et venditor; quod probatur ex ipsa lege, cum dicat *tutorem rem pupilli emere non posse*, quia emptor et venditor simul esset tutor, pergit et ait, si *contutorem habeat ejus auctoritas sufficit, procul dubio emere potest*; non mirum, quia tunc contutor erit loco venditoris, et ipse erit emptoris loco: pergit, *sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti*. Ex quibus verbis inferunt, quod emptio dolo malo in casu facta sit nulla propter dolum. ℟. Ast non propter dolum, ut jam diximus, sed quia tunc iterum tutor simul esset et emptor et venditor, quod fieri non potest. Hoc enim casu cum inter se colluserint, iterum tutor is videtur esse emptor et venditor simul, quia tunc animum contutoria in sui gratiam induxit.

Obj. etiam *L.* 3 § 3 *ff. pro socio*, ubi dicitur *societas, si dolo vel fraudandi causa inita sit, ipso jure nullius est momenti, quia bona fides contraria est fraudi et dolo*. ℟. Imprimis notandum quod lex illa generaliter loquatur, non distinguens utrum dolus dederit causam societati, an vero tantum inciderit, unde si illa lex aliquid probaret, nimium probaret; nam tunc etiam probaret, quod contractus b. f. sint nulli, si dolus in eos inciderit, quod tamen omnes fatentur esse falsum. Itaque dicimus hoc speciali ratione receptum esse in contractu societatis, ut non tantum ob dolum dantem causam contractui, contractus societatis sit nullus, sed etiam ob dolum incidentem; nec id cuiquam mirum videri debet, cum in eodem contractu multa adhuc alia specialiter recepta sint, quae in nullo alio contractu observantur; v. g. quod dissensu unius, etiam re non integra, dissolvatur, idque non tantum respectu ipsius aut heredum ejus qui dissensit, sed respectu omnium. Ratio autem ejus haec est, quod contractus societatis consideretur, ut jus quoddam fraternitatis, utpote quae ex amicitia et fiducia vel maxime solet iniri: jam autem quae in eo potest esse fiducia, ubi ab initio et ipso momento contractus contrahentes se invicem fallunt ac decipiunt: hinc est quod bona fides sit de essentia societatis. Insuper ineuntes contractum societatis non tam intendunt contractum inire, ut se invicem obligarent, aut ut a se invicem lucrum facerent, sed eum magis ineunt ratione tertii, a quo simul juncti lucrum facere intendunt; ita ut sit quasi unicus contractus istorum duorum contrahentium respective ad tertium, a quo lucrum faciendum intendunt.

Ast vehementer obstat *L.* 7 *ff. h. t.*, praeterquam nulla extat lex in toto jure, in qua dicitur contra-

Digitized by Google

ctum b. f., cui dolus causam dedit, esse nullum. Et sane si haec lex abfuisset, nullus id sentire ausus fuisset; ut autem hanc legem explicemus, praenotandum actionem de dolo non competere, ubi alia actio superest: ratio est quod haec actio de dolo sit famosa, ac proinde non debuit temere nec facile concedi, ubi alia actio superest, quae a praetore possit concedi, nisi hâcc alia actio esset aeque famosa: hanc in rem vide *L.* 1 § 1 *ff. h. t.* Hoc tamen, ut in *L.* 7 dicitur, Pomponius sic accepit *si alia actio non sit*, quasi diceretur *si alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit*, hoc est si alio modo eam rem petens per actionem doli, eandem recuperare non possit; etenim quamvis ei alia actio superesset, si tamen aliqua exceptione posset excludi, recte aget actione de dolo. Pergit jam Ulpianus in *cit. L.* et dicit, *nec videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit: si minor annis 25 consilio servi circumscriptus cum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit), aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est, et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem, nam adversus manumissum nulla potest in integrum restitutio locum habere.* His itaque verbis conatur Ulpianus ostendere dictum Juliani, licet de minore agat, non obstare, idque hac ratione, quia licet sit minor, non habet tamen restitutionem in integrum ex capite minorennitatis, nec ullam aliam actionem; et quidem non teneri emptorem ex contractu de dolo per se patet, cum is dolum non commisisset, sed tantum servus, id enim est supponendum, nam alias Julianus hoc certo expressisset, et sic etiam Ulpianus, ut ex verbis ejusdem patet, hoc ipsum accepit, quod scilicet emptor nullum dolum commisisset. Sed nec etiam ulla alia actio competebat adversus servum; quamvis enim venditor proponatur minor, non poterat tamen casu ei concedi restitutio ex capite minorennitatis, etenim libertas illa valide et recte data fuerat, cum emptor ex contractu emptionis venditionis dominium ejus acquisivisset, et sic recte ac valide posset manumittere; jam autem libertatis tantus erat favor apud Romanos, ut ubi semel competierat, ac valide data fuerat, amplius rescindi aut revocari non posset, et ita contingebat, ut adversus servum manumissum nulla alia actio, quam de dolo competeret.

Obstant tamen maxime haec verba in eadem lege: *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus sit:* quae verba sat clare important nullam esse venditionem, si dolus venditioni causam dederit. ℟. Dicimus autem haec verba ex textu esse eliminanda, hae tamen eliminationes sane temere et sine magnis rationibus faciendae non sunt; ast sufficientes in casu nos habere putamus, et quidem bis verbis ex textu sublatis, sensus legis manet aptissimus, propositumque J. C. quod susceperat plenissimum effectum habet: susceperat enim probare actionem de dolo non competere adversus emptorem, et insuper nullam aliam actionem posse competere adversus manumissum, jam autem hoc, bis verbis sublatis, plenissime probat: hinc putamus verba supradicta non esse Ulpiani, sed ab alio glossatore adjecta.

Praeterea, bis verbis in textu remanentibus, sensus hujus legis ineptus esse videtur; non enim apparet quo referri possint et de qua circumscriptione hic loqueretur. Non enim potest in iis agere de circumscriptione a servo facta, etenim propter circumscriptionem seu dolum servi aut cujuscumque tertii venditio non posset esse nulla, quia juxta ipsos adversarios, ut dolus dans causam contractui reddat contractum nullum, requiritur ut ab uno ex contrahentibus sit commissus. Insuper J. C. loquitur conditionate; ait enim *si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est;* jam autem si ageret de dolo servi, sic loqui non posset; nam si de eo casu quo servus dominum, qui alias non fuisset venditurus, ad vendendum induxit, expresse agatur, deberet loqui pure et absolute hoc modo: *quia in hoc ipso ut venderet circumscriptus est;* sed nec etiam in his verbis potest agere de circumscriptione vel dolo facto ab emptore, tunc enim J. C. alium casum tractaret, quam sibi proposuerat, quin imo sibimetipsi esset contrarius: ante enim dixerat se agere et sic intelligere verba Juliani, ut agat de casu, quo emptor dolo caret, et jam tamen juxta adversarios in bis verbis ageret de casu, quo emptor dolum commisisset, ergo sibi ipsi contradiceret.

Ast quis forte dicet: Ulpianum in bis verbis probare velle responsum Juliani, qui tantum egerat de casu quo emptor dolo careret, duobus casibus procedere: et eo quo emptor dolum non commisit, et etiam eo quo dolum commisit, et hoc ultimo casu ideo ejus sententiam procedere, quia venditio fuit nulla. ℟. Sed nec hoc admitti potest, quia tunc Juliani sententia tamquam falsa esset rejicienda; etenim tunc alia actio in casu quam de dolo competeret, nimirum actio ex vendito ad interesse, et ita cessare deberet actio de dolo: nec quid facit quod venditio, ut supponitur, sit nulla, non videatur autem ex contractu nullo posse dari actionem; nam id falsum est. Etenim id pluribus casibus in jure contingit, ut etiam ex contractu nullo detur actio ex ipso contractu, non quidem ad ipsam rem, sed ad interesse: sic v. g. emptor, qui nesciens rem sacram aut religiosam, vel aliam quamcumque commercio exemptam emit, habet actionem ex empto contra venditorem ad interesse, quamvis emptio sit nulla.

Itaque cum Ulpianus in ea lege tantum proba-

re vellet in casu quo emptor dolo careret sententiam Juliani procedere, et id plane faciat his verbis sublatis, et sensus etiam remaneat integer et aptissimus, non immerito haec verba eliminari poterunt, tanto magis quod iisdem remanentibus, sensus legis sit ineptus.

Secundum hanc sententiam etiam judicatum fuit, ut refert Stockmans *decis.* 139 *n.* 8.

§ IV.

Quaeritur jam quid intersit, utrum contractus sit nullus, an vero debeat rescindi? Huberus putat quod si contractus sit nullus, et res tradatur, dominium non transferatur per traditionem: ast nos nullo modo dubitamus per traditionem dominium transferri. Ratio ejus est quod toties transferatur dominium, quoties habetur concursus voluntatis ex parte utriusque, potestas in transferente, et intervenit traditio: nam duo priora, nimirum voluntas et potestas sunt juris naturae, traditio autem solo jure civili requisita est, ut nimirum ita certius constet de voluntate transferendi dominium; atqui in casu tradens supponitur habuisse potestatem, et habuit certo etiam voluntatem, quia ignorabat dolum et putabat venditionem validam: ergo debet dominium dici translatum. Hoc etiam probat *L.* 36 *ff. de acquir. rer. dom.*, ubi dicitur quod si res tradatur et voluntas sit in tradente transferendi dominium, in accipiente autem adsit voluntas acquirendi, dominium, quamvis in causa erretur, transferri. Nec obstat §. 40 *inst. de rer. divis. et acq. ear. dom.*, ubi ad translationem dominii requiritur justus titulus, in casu autem justum titulum non intervenisse dicunt, quia venditio est nulla. Nam ad hoc dicimus: quod ut dominium transferatur, non requiritur titulus a parte rei subsistens, sed sufficit titulus putativus: etenim titulus, seu causa tantum requiritur propter voluntatem, ut scilicet per eam constet de voluntate; etenim hic sola voluntas sufficiens est secundum jus gentium, quo jure sola voluntas et potestas sufficit ad transferendum dominium; his jus civile solum superaddidit et requisivit traditionem idque iterum propter voluntatem, utpote cum ex traditione voluntas maxime colligatur ac declaretur. Quod itaque titulus requiratur ad translationem dominii, id tantum fit propter ipsam voluntatem, quia scilicet ut velit qeis transferre dominium, causam aliquam et motivum habere debet, propter quam dominium transferre velit: jam autem voluntas ad id non minus moveri potest per causam putativam, quam per revera subsistentem; hinc non mirum, quod traditio facta ex contractu nullo, etiam dominium transferat: quamvis enim hic contractus revera esset nullus, et sic a parte rei nulla causa subesset transferendi dominium, tamen erat validus in apprehensione tradentis, et ita ex eodem rem tradens revera dominium transferre voluit.

Hoc etiam probat totus titulus digestorum *de condict. indeb.*, in quo docemur; etiam rei indebite solutae dominium transferri, atqui tamen nulla adest causa revera subsistens, ex qua solvatur, sed tantum putativa; ergo licet contractus vel causa non subsistat, modo tamen existimetur et voluntas adsit, dominium transfertur. Nec obstat quod replicat Huberus: ideo transferri dominium, quando aliquid indebite solutum est, quia equidem solutio non est nulla, sed valida, ubi tamen supponitur in casu contractum esse nullum. ℟. Etenim quamvis solutio non sit nulla, sed valida, attamen causa ex qua solvitur est nulla; seu non subsistit eodem modo, uti quamvis contractus ex quo res traditur sit nullus, tamen ea traditio est valida nec potest esse nulla; etenim non sunt termini habiles, ut ubi res semel de facto tradita est aut soluta, traditio aut solutio sit nulla, quia semper verum erit dicere, traditionem aut solutionem revera esse factam.

Obj. adhuc Huberus quod id quod nullum est, nullum producat effectum, jam autem, dicit, contractus supponitur nullus; ergo, inquit, nequit ex eodem transferri dominium. Ast translatio dominii non est effectus illius contractus: nam effectus contractus tantum est, ut producat obligationem personalem, non vero ut transferat jus reale; ast translatio dominii est effectus voluntatis ejus, qui dominium vult transferre, quae cum in casu adsit, ut probavimus, sane transferri debet dominium. Obj. adhuc quod traditio facta ex donatione nulla, propterea quod contra leges vel consuetudines fiat, sit nulla, seu potius quod per eam dominium non transferatur, quamvis etiam adsit voluntas transferendi; ergo inferunt, ex contractu nullo non transfertur dominium. Sed R. quod ex tali donatione, et traditione subsecuta dominium non transferatur, id non ideo solum fieri, quia ille contractus vel donatio est nulla, sed quia hae leges non tam ideo sunt latae ut contractus donationis annulletur, quam ut impediatur translatio dominii ex ea subsequenda, atque donans patrimonium suum minuere, et donatarius augere nequeat, ita ut hae leges non tam ipsum contractum, sed maxime ipsam voluntatem transferendi dominii impedire et irritam reddere voluerint, ibique fuit principalis scopus ac finis earumdem: itaque donationem tantum reddiderunt nullam, quatenus per eam voluntas transferendi dominii maxime manifestatur, ast aliud est quando contractus ex alio capite est nullus, v.g. si nullus esset ob dolum; tunc enim voluntas transferendi dominium non est nulla, aut inefficax, siquidem nullis legibus impediatur, sed sola obligatio ex contractu orta est nulla.

Hinc jam facile solvitur *L.* 38 § 1 *ff. de solut.*, scilicet ideo nummi non sunt facti uxoris, non quia non habebat titulum, sed quia a lege adimitur marito potestas transferendi dominium in uxorem, ut-

pote eum nolit ex donatione maritum fieri pauperiorem et uxorem ditiorem, quod tamen necessario fieret, si dominium transferretur.

§ V.

Sed quid interest, utrum domininm transferatur in dolosum, si contractus ob dolum esset nullus? Hoc interest, quod si emptor, qui dolum commiserat, illam rem alteri vendiderit, non posset venditor dolo deceptus hunc secundum emptorem aut alium quemcumque possessorem convenire; sed solum dolosum, ubi si dominium non sit translatum, agere posset contra quemcumque possessorem, a quo semper rem suam posset vindicare. Itaque quoad dominii translationem, ut jam probavimus, nulla est differentia, utrum contractus sit nullus, an vero validus, ita ut debeat rescindi, cum utroque casu dominium transferatur; quare alii aliam differentiam statuunt, nimirum quod si contractus sit nullus, tunc res tradita intra 3o annos repeti poterit: si vero contractus b.f., cui dolus causam dedit, sit validus, sed rescindi debeat, deceptus intra biennium agere debeat; et si intra id tempus non egerit, postea agere volens repellatur, quae distinctio an admitti debeat, videbimus § X. hujus tituli.

§ VI.

Reminiscendum quod ante monuimus, nimirum distinctionem quoad effectum inter dolum dantem causam contractui b. f., et dolum incidentem non esse admittendam.

Sed alii distinctionem inter dolum dantem causam contractui, et in dolum incidentem hanc statuunt: quod si dolus dederit causam contractui, contractus quidem valeat, sed in totum possit rescindi, nec ad solum interesse tantum agi debeat, ast vero, si dolus tantum inciderit in contractum, tunc dicunt, quod totus contractus non possit rescindi, sed tantum detur actio ad interesse, sive quanti minoris. Rationem ejus hanc dant, quod ubi dolus est tantum incidens, tunc licet dolus non intervenisset, equidem contracturus fuisset deceptus et ita dicunt, jam contractus, qui equidem initus fuisset, rescindi non debet, siquidem hoc casu is qui per dolum incidentem laesus est, nil conquerendum habeat. Et ita ei sufficere debet actio quanti minoris, qua consequatur interesse: ast aliud est, aiunt, ubi dolus causam contractui dedit; tunc enim, si is non intervenisset, contractus initus non fuisset, et ita non mirum totum contractum posse rescindi. Sed hanc distinctionem Juris Romani non esse, demonstratur pluribus textibus in jure expressis, ex quibus patet, quod sive dolus causam contractui dederit, sive tantum inciderit, equidem possit contractus in totum rescindi, vel agi actione quanti minoris, ita ut id sit in electione et arbitrio decepti.

Imprimis huic distinctioni contraria est *L.* 13 § 27, et 28, *item L.* 1 § 5 *juncta L.* 13 § 4, et 5 *ff. de act. empt.* in § 27 J. C. dicit, quod si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, me posse agere actione ex empto, ut aut stetur emptioni, aut agam actione quanti minoris, vel ut ab ea in totum discedatur: jam autem ibidem agitur de dolo incidente in contractum, idque tanto magis ex eo probatur, quod in § sequenti huic casui comparet casum, quo minor deceptus est, quem constat habere utramque actionem: jam in *L.* 13 § 5 agit de casu, quo dolus dedit causam contractui, et dicit eo casu competere actionem quanti minoris, nec per hoc sane excludit J. C. actionem ad rescindendum totum contractum; nam secundum omnes illa actio competit, quando dolus dedit causam contractui.

Sic quoque in *L.* 11 § 5 agitur de casu, quo dolus tantum incidit, ut patet ex eo quod dicat, quod venditor eum errare passus sit, et ita certo eum non induxit ut emeret, eo non obstante tamen dicit J. C, competere ex empto actionem, ut contractus rescindatur.

§ VII.

Cum ergo hae distinctiones admitti non possint, videamus quomodo dolus in contractibus commissus emendetur, et quidem ad emendandum dolum malum in contractibus stricti juris admissum, certum est nullam competiisse actionem ante tempora Galli Aquilii, sed horum, qui in iisdem dolum commiserant, tantum minuebatur fama apud bonos viros, apud quos infamiam quamdam facti incurrebant: id patet ex *lib.* 3 *cap.* 3o *Ciceronis de natura Deorum, et libr.* 3 *ejusd. cap.* 14 *de officiis*, ubi ait, *Gallum Aquilium familiarem suum judicium de dolo et formulas de dolo malo conscripsisse.* Is autem Aquilius Gallus introduxit, ut in judiciis stricti juris, si res adhuc sit integra, sive si nondum foret tradita, deceptor agens exceptione doli repelleretur, re integra autem actionem de dolo dare noluit, quia erat infamans, quae non solet dari, ubi alia actio minus famosa competit, vel alio modo res potest esse salva decepto: jam autem hic alio modo res salva esse poterat, nimirum mediante exceptione doli, quae famosa non est. Ex hac ratione contrarium observatur in actione quod metus causa, cum haec famosa non sit; actio quoque datur in contractibus b. f. re integra, idque ex pacto tacito et praesumpto, quo inter contrahentes tacite convenisse creditur, ut in iis b. f. praestetur ac dolus absit, perinde ac si expresse hac de re convenissent; hinc contingit, ut dolus in iis emendetur per actionem ex ipso contractu; si enim expresse de eo pacti fuissent, ad implementum ejus pacti, sive ad emendandum dolum, agi potuisset per actionem ex ipso contractu: scilicet in contractibus b. f. non tantum ea praestari debent de qui-

bus contrahentes expresse convenerunt, sed etiam illa de quibus cogitaverunt, modo verosimiliter de iis cogitare debuerint. Id autem non obtinet ex speciali aliqua lege, sed ex interpretatione prudentum et jurisconsultorum, qui contractibus b. f. hanc dederunt naturam, ut in iis omnia sint praestanda, non tantum quae expresserunt, sed de quibus tantum cogitarunt; haec probat *L.* 6 § 8 *ff. de act. empti*, ubi dicitur: in actione ex vendito, quae est actio bonae fidei, eodem modo dolum malum aestimari oportet *ut id*, hoc est, *ac si id quod praestiturum se pollicitus sit venditor emptori praestare oporteat*; id etiam probat *L.* 152 § *ult. ff. de R. J.*; idemque probat *L.* 68 § 1 *ff. de contrah. empt.*, ubi dicitur, inutile esse hoc pactum venditioni adjectum, quo paciscimur ut dolus absit, cum etiamsi id pactum non intervenisset, equidem dolus abesse ac b. f. praestari deberet. Quod enim quandoque id pactum adjiceretur, ut dolus abesset, id ideo fiebat, quod homines juris ignari id fieri plerumque viderent in contractibus stricti juris, in quibus id opus erat expresse convenire, utpote cum in iis ultra id quod expressum est nemo teneatur, nec habetur ratio eorum, de quibus tantum est cogitatum, ut probat *L.* 99 *ff. de verb. oblig.*

§ VIII.

Ex jam dictis patet, in contractibus b. f. nunquam fuisse opus edicto praetoris *de dolo malo*, de quo agitur in hoc titulo, ut exprimitur in *L.* 1 § 1 *ff. h. t.* in verbis *si de his rebus alia actio non erit*, hoc est si alio modo res non possit salva esse ei, ad quem pertinet. Jam autem in contractibus b. f. semper alia actio competebat ad emendandum dolum; etenim per actionem ex ipso contractu h. f. agebatur, ut bona fides praestaretur, et dolus admissus emendaretur; et hoc est quod non satis reflexerunt interpretes. Itaque in b. f. judiciis in effectu nil interest, utrum contractus sit nullus, an vero sit validus et rescindi debeat; cum enim in iis dolus emendetur per actionem ex ipso contractu, perinde ad rescissionem ipsius contractus agi poterit per actionem ex ipso contractu, aut supplementum, ac si contractus esset nullus; etenim actio ex ipso contractu aeque diu durat, ac condictio indebiti, utraque enim est personalis, quibus non praescribitur nisi 30 annis. Haec obtinent, sive dolus dederit causam contractui b. f., sive tantum inciderit, nam utroque casu dolus ille emendabitur per actionem ex ipso contractu, vel in totum agendo ad rescissionem ejusdem, vel pro parte agendo ad supplementum, sive quanti minoris, ut vidimus ex legibus jam ante citatis; etenim etiam in casu quo res adhuc erat integra, non oportebat exceptionem illam apud praetorem proponere, uti contingebat in judiciis stricti juris, sed poterat etiam apud judicem pedaneum allegari, qui ejus poterat habere rationem. Aliud erat in judiciis stricti juris, in quibus si esset omissa apud praetorem, judex pedaneus ejus nullam poterat habere rationem, cum ergo haec exceptio infuerit b. f. contractibus etiam ante tempora Galli Aquilii, ita ut id esset quasi de natura eorumdem. Ideo quandoque dicitur, *dolo deceptum in b. f. contractibus non obligari*: si vero res amplius non esset integra, deceptus per actionem ex ipso contractu poterat agere, vel ad rescissionem totius contractus, ut patet *ex L.* 11 § 5, item *L.* 13 § 27 et 28 *ff. de act. empt.*; vel poterat agere ad supplementum, salvo manente contractu, per actionem ex ipso contractu.

§ IX.

Hinc jam patet superiorem distinctionem, quoad tempora actionum quibus dolus emendari deberet, non esse admittendam in contractibus b. f., siquidem etiam contractu manente valido, semper agi possit per actionem ex ipso contractu ad rescissionem ejus, quae actio perinde durat 30 annis, ac caeterae quae competiissent, si contractus fuisset nullus, v. g. condictio indebiti.

Nec facit quod ordinarie brevius tempus accommodetur actionibus, quibus agitur ad rescissionem ipsius contractus, quam aliis; etenim non semper id contingit, uti patet in remedio *L.* 2 *cod. de rescind. vend.*, qua licet agatur ad rescissionem ipsius contractus, tamen durat 30 annis.

Nec etiam obstat, quod Imp. *in L. ult. cod. de temp. rest. in integr.* dicat, *omnibus se statuere quadriennium continuum*; etenim illa lex tantum spectat ad restitutiones, quae conceduntur ex edicto praetoris, et quibus olim tantum annus utilis erat praestitutus, ut patet ex eo quod Imp. dicat, se id quadriennium continuum substituere in locum anni utilis; hic autem restitutio conceditur per actionem ex ipso contractu, quae est actio civilis.

Itaque si unus contrahentium dolum commisit, non est locus edicto praetoris, seu restitutioni: ast vero si tertius dolum dederit, tunc potest esse locus edicto praetoris, si nimirum nulla alia actio competat, jam enim non potest competere actio ex ipso contractu, uti superiori casu contingebat.

§ X.

Datur autem haec actio ei, qui deceptus est, et heredibus ejus contra decipientem, tenditque ad damni illati resarcitionem: contra tertium possessorem non datur, nisi ipse dolum commiserit; exceptio tamen est, si ex dolo sint facti locupletiores, et eorum nomine res gesta sit, tunc quidem eatenus dabitur actio, sed haec non erit infamans (*L.* 15 § 1, et 2 *ff. h. t.*), et vocatur actio in factum; eaque perpetuo datur, quia in ea magis calculi, quam maleficii habetur ratio: contra heredes datur, quate-

Digitized by Google

nus pervenit, sed haec potius videtur actio in factum, aut propter dolum, quam actio de dolo, cum detur adversus eos, qui dolum non commiserunt, sed tantum tenentur ob dolum a testatore admissum, et ideo non est infamans.

§ XI.

Quandoque cessat haec actio, quamvis ab uno ex contrahentibus dolus sit commissus; sic v. g. denegatur liberis contra parentes, ob reverentiam, vel etiam si persona in dignitate constituta a vili persona conveniatur, et aliis quibusdam casibus, quibus datur actio in factum, quae famosa non est (*L.*11, et 12 *ff. h. t.*). Si plures dolum commiserint, et unus actione doli conventus solidum restituerit, omnes liberantur, nec ullus amplius conveniri potest; ratio est quod haec actio sit rei persecutoria, et ita ipsa re restituta, quae est fundamentum actionis rei persecutoriae, et ipsa actio extinguitur ac corruit. Haec autem actio tantum durat biennio, ubi exceptio doli est perpetua, et semper potest opponi, quoties agitur ex contractu in quo dolus intervenit: si tamen biennium sit elapsum, quamvis non detur actio de dolo, tamen dabitur actio in factum, quae famosa non est, et plerumque actioni de dolo est subsidiaria, duratque 3o annis.

§ XII.

Ut competat haec actio, de dolo scilicet, ut jam saepe diximus, requiritur ut res ei, qui per dolum alterius laesus est, alio modo salva esse non possit; rationem etiam dedimus, scilicet cum haec actio sit famosa, praetor credidit eam non temere concedendam, et hinc si quaecumque alia actio, sive etiam tantum exceptio detur, sive detur adversus ipsum qui decepit, sive contra alium, actio de dolo non dabitur. Unde si pupillus colludente tutore a Titio sit circumscriptus, is non habebit actionem de dolo contra Titium; cum enim per tutelae actionem possit consequi a tutore quod sua interest, et sic res alio modo salva esse possit, non dabitur ei actio contra Titium: exceptio tamen est, si tutor sit insolvendo, quia tali casu nullam videtur actionem habere, cum propter inopiam adversarii actio tutelae ei sit inanis, et indemnitatem suam consequi non possit (*L.* 5 et 6 *ff. h. t.*).

§ XIII.

Huc spectat casus elegans, qui proponitur *L.*18 § 3 *ff. h. t.*, ubi hic casus proponitur. Vendideram certas mensuras olei, puta viginti; eum autem ad oleum mensurandum pondera non haberem, petieram a vicino, ut mihi sua pondera commodaret, et ab ipso inquisiveram an essent justa; is dolo responderat justa esse, cum tamen justa non essent: quaerebatur quomodo esset consulendum ei, qui propterea erat deceptus? Trebatius in casu dabat actionem de dolo adversus vicinum, at ejus sententia ibidem fuit improbata a J.C., non quidem expresse, ast tacite, nec tamen minus lucide; docet enim omni casu aliam competere actionem: sic ait J.C., *atquin* (quae particula denotat oppositionem) *si majora pondera commodavit, id quod amplius datum est repeti potest condictione*, nimirum indebiti, nec immerito; putans enim se debere ac teneri, id quod dedit nimis repetet condictione indebiti: pergit J.C. et ait, *si minora, ut reliqua merx detur, ex empto agi potest*: dicit quod si pondera, quae vicinus commodavit essent minora, tunc emptori competat actio ad id quod deest, sive ad supplementum, et ita omni casu datur alia actio, et adeo debet cessare actio de dolo: excipit deinde J. C. in eadem lege hunc casum, *nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa affirmasset, se aequa pondera habere*; hoc enim casu, cum antequam venditio celebrata esset, convenisset ut secundum dicta pondera merces traderentur, et ita omni casu emptor nec plus nec minus haberet, quam emisset, atque ita cessaret condictio indebiti; item actio ad supplementum, si tali casu pondera fuissent minora, quam commodans affirmaverat, jam omni alia cessante actione, emptori contra commodantem competeret actio de dolo; ast vero si pondera fuerint majora, adhuc cessabit actio de dolo, quia hoc casu competeret venditori actio commodati contra commodantem, utpote cum is ex re commodata damnum acceperit.

§ XIV.

Casus adhuc elegantior proponitur in *L.* 21 *et* 22 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod si aliquis, me deferente, juraverit, et is ex eo juramento fuerit absolutus, postea autem probetur eum pejerasse, hoc casu Labeo in eum de dolo dabat actionem. Pomponius autem dicebat, per jusjurandum *transactum videri*; quam sententiam Marcellus *Libro* 8 probat, *stari enim debet religioni*, ait in ea lege, quam sententiam et Paulus probat in L. sequenti reddens rationem, *nam sufficit perjurii poena*. Ratio ejus haec est, quod juramentum habeat vim transactionis, ut patet ex hac *L.*21 *cit.*, *et* 2 *ff. de jurejur.*; dum enim quis alteri defert juramentum, tacite transigere videtur, et perinde habetur ac si convenisset et promisisset se ab actione destiturum, nec eam amplius intentaturum, si jusjurandum praestitisset, qualecumque id demum esset, ita ut tali casu voluerit eum rem illam retinere; jam autem dum super re aliqua transactum est, non potest amplius ulla lis moveri. Alia ratio insuper haec est, quod ut competat actio de dolo, non sufficiat dolum venisse, sed insuper requiritur, ut ex dolo con-

tigerit laesio. In casu autem laesio non contigit ex dolo seu perjurio, nam perjurium est tantum conditio sine qua laesus non esset; ast laesio contigit immediate ex delatione juramenti, et transactione tacita quae per eam contigit; itaque in casu nulla competet actio ei qui juramentum detulit, qua consequatur rem super qua alter juravit, sed pejerans solum tenebitur poena perjurii; itaque perjurium non est causa laesionis, nec eam efficit, sed tantum occasio, ita ut praestatio juramenti quo perjurium commissum est, tantum efficiat ut existat conditio, sub qua promisit se a lite destiturum, et proinde sub qua transactio tacite facta videtur (*L.* 1 *cod. de reb. cred.*).

Nec obstat quod ibidem haec exceptio addatur, ***nisi id specialiter lege caveatur***; etenim hoc factum est oscitantia compilatorum, qui constitutionem Justiniani *in L. ult. cod. de reb. cred.* in mente habentes, jus novum pro jure veteri nobis exhibuerunt, nec id mirum cuique videatur, cum et id in multis aliis juris locis sit factum.

Nec obstat quod iniquum sit, ut quis lucretur ex suo delicto, in casu autem, aiunt, lucraretur nimirum ex perjurio. Etenim, ut jam ante diximus, id lucrum non facit ex suo delicto seu perjurio, sed ex delatione adversarii. ita ut id perjurium, seu potius juramentum in abstracto consideratum tantum sit occasio lucri, non vero causa immediata.

Nec etiam obstat quod objicit Voet, qui in hac quaestione dissentit, nimirum quod si vere transactio dolose sit inita, ea sit nulla, quantomagis, inquit, quasi transactio in qua pejerans videtur dolose transegisse, ubi pejeravit. Nam, ut ante vidimus, non sufficit dolum esse commissum, sed insuper requiritur, ut laesio immediate ex isto dolo contigerit. Juramentum autem non est causa laesionis, sed tantum occasio, sed causa laesionis est delatio juramenti; is autem juramentum delatum suscipiendo nullum dolum commisit; cum juramentum delatum teneretur suscipere vel referre. Insuper praevidere potuit aut saltem debuit, quod deferendo juramentum, et ita adversarium in propria causa judicem constituendo, is facile pejerare posset, et ita sibi debet imputare, quod occasione istius perjurii damnum senserit, cum potuerit non deferre.

Ast forte quis dicet, quod hoc ipso quo detulit, sub hac conditione censeri debeat detulisse, si verum id sit quod juraverit, seu si non perjuraverit; etenim nequidem sub tali conditione expressa deferri liceret jusjurandum, cum per tale juramentum vix quidquam decidaretur aut terminaretur; semper enim quaestio superesset, an is qui jusjurandum praestitit non pejerasset, et ita juramentum foret inutile. Posset enim unusquisque post praestationem juramenti contendere adversarium suum pejerasse, et ita per jusjurandum lites non praescinderentur, qui tamen est finis et scopus delationis juramenti, sed potius multiplicarentur. Insuper verum non est, eum qui pejeravit in praestando juramento dolose egisse; ipse enim non est causa damni seu laesionis factae, sed is qui jusjurandum detulit, potuit enim non deferre, et ita impedire laesionem; ast ubi is detulit jusjurandum, necesse habuit adversarius praestare aut referre; unde licet in acceptatione juramenti, jam inde animum pejerandi habuisset, tamen in eo dolum non commisit, cum debuerit acceptare vel referre, alias enim condemnatus fuisset.

Magis obstat *cit. L. ult. cod. de reb. cred.*, in qua dicitur, quod si Titius ab herede legatum vel fideicommissum, tamquam testamento sibi relictum petiisset, heres autem cum forte copiam testamenti non haberet, nec reperiretur, ei juramentum detulisset, quod praestitisset: tali casu, si postea testamentum reperiatur, ex quo constaret nil ei relictum fuisse, et ideo heres id quod praestitit, tamquam indebitum repeteret, quaeritur an id de jure facere possit? Et dicit imp. de eo dubitatum fuisse inter veteres, quod referri non potest, nisi ad hanc *L.* 21, ast ipse ait, recte eum repetere id quod praestitit, *ne*, inquit, *ex perjurio suo lucrum faciat*. Itaque cum hic textus satis aperte contrarius videatur *L.* 21 *cit.*, et sententiae quam propugnamus, dicimus id specialiter in ultimis voluntatibus ab imp. fuisse constitutum: in aliis autem sententiam nostram adhuc obtinere debere. Dicimus itaque, id in casu favore ultimae voluntatis, uti et alia multa, contra juris rationem esse receptum, quod proinde ad alia non erit extendendum, praesertim ubi adest disparitas. Hanc autem constitutionem solum locum habere in ultimis voluntatibus ex eo patet, quod si in omnibus idem observare voluisset Justinianus, legam istam sane non de speciali isto casu concepisset, sed generaliter de omni casu locutus fuisset; etenim lex ista est edictalis, ut patet ex inscriptione ejus, utpote directa ad praefectum praetorio, cujus erat leges edictales promulgare; jam autem leges edictales tantum jus faciunt pro casu in iis expresso: aliud foret, si lex ista esset rescriptalis, quia cum tunc facta esset ad consultationem vel petitionem alterius, etiam ultra casum in ea expressum jus faceret. Ratio autem cur id potius in ultimis voluntatibus fuerit constitutum, quam in aliis causis est, quod legata ex amicitia et propter bene merita, imo etiam saepius honoris causa soleant relinqui: jam autem is qui pejeravit, pejerando se indignum reddidit hoc beneficio et honore. Insuper legata et fideicommissa omnesque ultimae voluntates suam consistentiam ac validitatem capiont ex adjutorio legum civilium, ita ut sine illis non consisterent, nam testamenti factio non est juris naturalis, sed civilis tantum: id autem non habet locum in contractibus, qui soli per se de jure Naturae consistunt. Hinc jam contingit, quod leges civiles magis pro arbitrio suo agant

iu ultimis voluntatibus, quam in contractibus; sic etiam, ante Justinianum, non poterat a testatore probiberi deductio Falcidiae,sic nec poterat remitti *cautio quod legatorum*. Nec quemquam moveat, quod imp. in dicta *L.ult.* dicat, *nullum ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere debere*; etenim ibi non est vera et adaequata ratio Justiniani, si nimirum ea verba sic accipiantur, quasi perjurium sit causa luceri, nam id falsum est, sed causa lucri est delatio juramenti, quae sane differt a praestatione ejusdem; et binc licet haec lex Justiniani etiam ad alios casus extendi deberet, equidem ibi non foret causa, nec esse posset ejus decisionis, cum semper falsa esset.

Quod autem in fine legis imp. dicat, *ne cui ex delicto impium sibi lucrum legibus nostris afferre concedatur*, id magis confirmat costitutionem hanc tantum spectare ad ultimas voluntates, siquidem illae solae omnem consistentiam suam a legibus civilibus acceperint, ubi contractus consistentiam suam habent ex ipso jure naturae; praeterea quod apprime notandum, Justinianus in 50 suis decisionibus, quarum haec una est, et quibus ait, se difficillimas veterum quaestiones decidisse,nunquam veram rationem decisionis in iis expressit, sed plerumque falsas, vel siquidem verae sint, non sunt adaequatae, sed tales quae maxime suo scopo inservirent; id forte fecit hac ratione, ne si veras expressisset, et eae subverterentur, forte postea etiam ipsa decisio corrueret, vel etiam ne si veras expressisset, illae nimium extenderentur, imo quandoque ad casus de quibus ipse nequidem cogitasset.

TITULUS IV.

DE MINORIBUS VIGINTIQUINQUE ANNIS.

§ I. Quinam minores dicantur, et an civiliter an naturaliter tempus minorennitatis computetur.
§ II. De primo requisito, ut minor restituatur, scilicet ut adsit contractus validus.
§ III. De secundo requisito, ut contractus cum ipso pupillo sit initus, qua occasione exponitur *L.* 38 *ff. h. t.*
§ IV. An etiam in lucro, quod omisit, minor restituatur.
§ V. An pluries in eodem negotio.
§ VI. An adversus repudiatam hereditatem.
§ VII. An in eo quod pupillus per omissionem laesus sit, restitui poterit.
§ VIII. Aliud requisitum est, ut laesus sit lubrico aetatis.
§ IX. Heredibus minoris restitutionem competere demonstratur.
§ X. Sed quantum temporis eis concedatur.
§ XI. Sed an etiam successor particularis restitui possit.
§ XII. Quaeritur, an restitutio minoris prosit fidejussoribus.
§ XIII. An ejus socio.
§ XIV. Explicatur *L.* 48 *ff. de fidej.*
§ XV. Contra quos restitutio concedatur.
§. XVI. Casus in quibus restitutio datur contra tertium possessorem.
§ XVII. An minori adversus minorem restitutio detur.
§ XVIII. An contra mulierem, quae vult uti beneficio Vellejani.
§ XIX. Effectus restitutionis ex capite minorennitatis.
§ XX. An minor uti debeat restitutione sibi concessa.
§ XXI. Quandonam cessat restitutio ex hoc capite.
§ XXII. Casu quo minor in pretio laesus sit, an audiatur emptor offerens quod justo pretio deest.
§ XXIII. Cessat restitutio, si aliquid gestum sit cum majore, qua occasione exponitur *L.* 3 § 1, *et* 2 *ff. h. t.*
§ XXIV. Item si minor aliquid gesserit ex mandato majoris.
§ XXV. An idem erit de minore qui jussu patris contraxit.
§ XXVI. Cessat quoque restitutio, si minor petens restitui repulsam passus sit, et deinceps petat restitui.
§ XXVII. Quaeritur quae sit vis juramenti contractui appositi.
§ XXVIII. An minor restitueretur, si laesus esset in arte quam profitetur.
§ XXIX. An adversus usucapionem et praescriptionem restitutio minoribus indulgeatur.

§ I.

Minores stricto dicuntur qui annum 14 sunt egressi, sed nondum attigerunt annum 25: ast sub hoc titulo nomine minorum etiam veniunt pupilli et infantes. Hoc autem tempus non computatur civiliter, uti contingit in causa matrimonii, vel testamenti factionis,sed naturaliter computatur, hoc est de momento ad momentum, ita ut dies incoeptus non babeatur pro completo, sed requiritur ut ultimus dies totus effluxerit (*L.*3 §3 *ff. h.t.*), ubi vide casum de anno bissextili; ratio est, quod favor minoris exigat, ut tempus naturaliter computetur; quoties enim quaestio est de computatione temporis, inquiritur quid ei, qui aliquid agit aut petit, favorabilius sit. Ætas illa apud Romanos probatur per professionem parentum apud acta, apud nos per libros baptismales.

§ II.

Nunc videamus quaenam requirantur, ut minor possit restitui. Et primo requiritur, ut minor sit laesus ex actu vel contractu, et ut contractus sit validus; si enim sit nullus, restitutioni locus non erit. Hinc si pupillus sine tutoris sui auctoritate contraxerit, restitutio locum non habebit, quia contractus est nullus.

Quaeritur, an etiam minor possit restitui, ubi per actionem tutelae potest indemnitatem consequi a tutore vel curatore quando est solvendo? R. Affirmative; ratio est, quod remedium restitutionis sit facilius et expeditius, et etiam magis conveniat pupillo vel minori, quam actio tutelae in qua debet probari culpa tutoris,quod saepe est difficile.

§ III.

Secundum requisitum, ut minori competat restitutio est, ut cum ipso pupillo vel minore aliquid

gestum sit, et ex illo gesto pupillus sit laesus. Huc spectat *L.* 2 *cod. si adv. vend. pign.*, ubi pater minoris rem emerat sub pacto legis commissoriae; patre defuncto, filius minor non solverat, et adeo venditor pacto illo usus fuerat; quaerebatur, an minor ille posset in integrum restitui? et recte responsum ei denegandam esse restitutionem, quia scilicet negotium, non cum minore, sed cum patre ejus, cujus fidem secutus fuerat venditor, gestum est.

Sed quomodo explicari poterit *L.*38 *ff. h. t.*, in qua idem casus proponitur? Casus ibidem propositus est omnino diversus a casu *d. L.* 2, ut ex expositione patebit: nimirum proponitur, quod Æmilius Larianus fundum emisset sub pacto legis commissoriae, data parte pecuniae, et venditor stipulatus erat, ut si intra duos menses reliqui pretii partem dimidiam non solvisset, fundus esset inemptus; item si ante alios duos menses reliquum pretii non solvisset, similiter fundus esset inemptus; intra duos priores menses Lariano defuncto Rutiliana pupillaris aetatis successerat, cujus tutores in solutione cessaverant; venditor lege commissoria usus est: quaerebatur an pupilla posset restitui? Et primo quidem in prima instantia apud praetorem succubuerat, et iterum apud praefectum urbi, tandem appellaverat ad imperatorem; Paulus assessor imperatoris dicebat bene judicatum esse, quia pater ejus, non ipsa contraxerat, et tamen imperator pronuntiavit eam restituendam esse, et recte. Multi interpretes negant recte judicatum fuisse ab imperatore, inter quos Noodt, dicentes ita decidisse imperatorem, quia Rutiliana erat formosa filia; ast verius est sententiam imperatoris recte latam fuisse, ex hac ratione, quae etiam Paulum movit, scilicet quia post diem legis commissoriae elapsum, venditor a tutoribus minoris petendo pretium videbatur recessisse a pacto legis commissoriae, et quasi novum negotium cum minore gessisse; etenim per hanc pretii petitionem venditor in potestate minoris ponebat, ut posset evitare legem commissoriam, si adhuc solvere vellet, perinde itaque erat, ac si venditor pupillae promisisset, ut si ipsa solveret pretium, renuntiaret legi commissoriae: verum quidem est quod Paulus innuat imperatorem motum fuisse aliis rationibus, puta quod lex commissoria ipsi displiceret, quod tutores ut suspecti remoti essent; sed hae rationes non fuerunt sufficientes ad movendum imperatorem, verum hanc, quam jam allegavimus, sufficientem fuisse non negat Paulus.

Obj. Ipsemet Paulus credidit priores sententias esse validas, nam paulo ante dixerat *putabam bene judicatum.* ℟. Exinde tantum probatur, Paulo secundum regulas generales prima fronte visum fuisse bene judicatum, verum postea dum reflectit, justam causam restitutionis reperit, scilicet quod creditor, post diem petendo pretium, videretur a lege commissoria recessisse.

Inst. Si ab ea lege recesserit, non potuit amplius ea uti (*L.*4 §2 *ff. de leg. comm.*). ℟. Haec erat ipsa quaestio, quam imperator in favorem filiae decidit.

Sed cur dicitur, quod lex commissoria imperatori displiceret? Quia videbatur ibidem hoc actum, ut pars pretii soluta apud venditorem maneret, licet postea res inempta fieret, ut in casu *L.* 4 § 1 *ff. de leg. comm.*, quod durum videbatur.

Sed an ex eo quod tutores, ut suspecti remoti fuerint, colligi posset, quod illi cum venditore colluserint? Hoc non videtur posse colligi; nam proponitur quod venditor, etiam post diem legis commissoriae elapsum, saepius interpellaverit tutores, ut solverent, quod non fecisset, si cum iis collusisset.

Ex his apparet quam largiter intersit, utrum aliquid gestum sit cum minore, an vero cum defuncto cui extitit heres, nec id tantum obtinet in materia restitutionis, sed etiam in jure alia ejusmodi exempla habentur; sic v. g. constat pupillum non posse rem immobilem alienare sine decreto, si tamen successerit alieni, qui fundum spopondit aut vendidit, tradere debebit fundum emptori, quamvis per hoc alienet, quia causa alienationis est promissio vel venditio a defuncto facta (*L.* 5 § 6 et *L.* 7 *ff. de reb. eorum qui sub tutela sunt*). Aliud exemplum habemus in *L.* 3 *ff. quib. ex causis in poss. eat.*, scilicet si cum pupillo tutoris auctoritate contractum sit, et is conveniatur, si tali casu non defendatur, creditores mitti poterunt in possessionem bonorum eorundem conservandorum gratia, distractio tamen erit differenda in tempus pubertatis (*L.* 6 § 2 *ff. eod.*, *et L. ult. ff. de reb. auct. jud. possid.*); tamen si pater obligatus sit, et contractus a defuncto descendat, mox a facta immissione ex decreto procedere poterunt ad bonorum distractionem, etiam tempore impubertatis; nam, ut ait *cit. L.* 3, perquam iniquum est, eum, qui nihil cum pupillo contraxit, exspectare ejus pubertatem.

Vidimus ergo quod, ut restitutioni sit locus, requiratur ut aliquid cum ipso pupillo vel minore sit gestum, ex quo gesto minor sit laesus, gestum autem non ita fuit acceptum, ut gesti nomine etiam omissum non intelligatur (*L.* 7 *princ.*, *et* § 11 *ff. h. t.*). Itaque etiam in eo quod omisit minor restituetur.

§ IV.

Sicuti ergo minori restitutio concedenda est, si damnum aliquod sit passus, et ejus patrimonium sit diminutum, ita similiter concedenda erit, si lucrum omisit lubrico aetatis, et ita *L.* 7 § 6 *ff. h. t.* decisum est. Hinc etiam possunt restitui adversus hereditatem repudiatam (*L.* 7 § 9 *ff. h. t.*); itaque minores restitui poterunt in omnibus casibus quibus ob lubricum aetatis vel amiserunt aliquid, vel aliquod emolumentum omiserunt, quod alias acquirere potuissent, vel se oneri alieno subjecerunt, quod

suscipere non conveniebat (*L.* 44 *ff. h. t.*); hinc est quod restitui possint adversus aditam hereditatem (*L.* 7 § 5 *ff. h. t.*), quamvis in aditione valde lucrosa appareret, quia scilicet ob lubricum aetatis forte non animadverterunt eam postea posse fieri damnosam, et ita lubrico aetatis se subjecerunt oneri, quod non conveniebat eos suscipere. Notandum tamen quod, eo casu, quo minor restitutionem petens certat de lucro captando, et restitui vult adversus lucrum a se omissum, major ac diligentior requiratur causae inquisitio ac cognitio, gravioresque rationes debeant adesse, quam si certet de damno vitando; quia ubi certat de damno vitando nulla sufficiens ratio opponi potest, cur ipsi foret denegandа, maxima enim quae posset obstare esset, quod etiam is, adversus quem petitur restitutio, certet de damno vitando, jam vero in pari causa semper melior debet esse causa pupilli. Sed ubi pupillus certat de lucro faciendo, tunc fieri potest, ut adversarius certet de damno vitando, quo casu sane restitutio concedenda non erit, nisi justissima causa interveniente, cum alias in casu potior esse debeat causa adversarii.

§ V.

Pupillus autem vel minor non tantum semel potest restitui, sed et saepius in uno eodemque negotio, modo tamen ex diversa causa petatur restitutio, adeo ut ubi semel in re aliqua impetravit restitutionem, adversus ipsam restitutionem adhue restitui possit, et quidem ab eodem judice. Hinc si minor hereditati se immiscuisset, adversus hanc aditionem restitutus, restitutionem petere posset, ut denuo possit adire; idem esset si ab initio hereditatem repudiasset et postea restitutus, adversus aditionem adhuc posset restitui (*L.* 7 § 9 *ff. h. t.*); quia sicuti minor lubrico aetatis laesus esse potuit ex eo quod hereditatem adivit, vel repudiavit, sic etiam lubrico aetatis lapsus esse potuit, dum restitutionem petiit adversus aditionem, quae a parte rei ipsi lucrosa erat, quod imprudentia sua ac imbecillitate videre non potuit, et vice versa.

Obstat quod in casu, quo minor petiit restitutionem contra aditionem, per sententiam praetoris hereditas fuerit declarata damnosa, si vero repudiasset, tunc fuerit declarata lucrosa; jam autem res judicata pro veritate habetur, ergo videtur non posse amplius locum esse restitutioni; nec quisquam effugeret respondendo, quod in judiciis restitutionum non feratur sententia cum iisdem solemnitatibus, prout in aliis causis; nam equidem semper verum est in iis intervenire sententiam, quae non fertur sine praevia cognitione sufficienti, et hinc etiam sententia post lapsum 10 dierum habet auctoritatem rei judicatae, ut patet ex eo, quod si minor in aliqua re petens restitutionem repulsam tulerit, tunc si postea in eadem re, ex eadem causa denuo petat restitutionem, semper repelletur exceptione rei judicatae. ℟. Sed est magna disparitas; etenim hoc ultimo casu sententia est lata contra ipsum minorem, et ita non mirum, quod debeat repelli: ast priori casu sententia lata erat in favorem minoris, ac proinde non mirum, si adversus eandem, quae in ejus favorem lata est, restitutionem petere ac impetrare possit, cum hic nulla fiat injuria ipsi adversario, quod tamen contingeret priori casu. Praeterea exceptio rei judicatae tantum potest opponi, quando agitur inter easdem personas, de eadem re, et eadem causa; hic autem agitur ex diversa causa, ast in priori casu ex eadem causa minor agere vult, ut supponitur, unde non mirum quod ei obstet exceptio rei judicatae.

§ VI.

Diximus minorem posse restitui in lucro, et hinc diximus restitui posse adversus repudiatam hereditatem: haec tamen hanc exceptionem patiuntur, nimirum si is qui ob repudiationem minoris acquisiverat hereditatem, sua diligentia ac impensis meliorasset, et in multo meliorem statum redegisset, ita ut jam non exiguum lucrum ex ea fecisset; hoc enim casu, si pupillus vel minor hoc videns adversus repudiationem a se factam vellet restitui, foret repellendus (*L.* 24 § 2 *ff. h. t.*), quia qui propter repudiationem minoris, hereditatem illam consecutus est, et in meliorem statum redegit, lucrum quod ex ea jam percipit, suis laboribus suaque diligentia procuravit, ac proinde non debet id alteri concedere, cum nemo debeat alteri concedere aut restituere lucrum suo labore propriaque diligentia quaesitum.

Contra hanc sententiam multa objiciuntur: et primo, quod pupillus et possessor hereditatis certent de lucro faciendo, jam autem in pari causa potior semper debet esse causa minoris et pupilli. Sed ℟. quod quamvis uterque certet de lucro captando, attamen pro possessore insuper haec ratio faciat, quod iniquum esset, ut alteri cedere cogeretur lucrum, quod ipsemet sua industria sibi comparavit; hanc industriam et laborem certo non impendisset, si scivisset fore ut alteri postea illam hereditatem restituere cogeretur.

Instant et dicunt quod possessor hereditatis id praevidere potuisset, ac debuerit. ℟. Minime, quia, ut supponitur, hereditatem tutore auctore repudiavit, alias repudiatio foret nulla, et sic restitutione opus non esset; adeoque possessor credere debuit tutorem vel curatorem fuisse bonum ac diligentem patremfamilias, qui praevidit hereditatem futuram damnosam pupillo vel minori, et ita non debuit praevidere restitutionem.

Instant iterum: possessor, inquiunt, illam hereditatem adivit, et ita certo putavit eam sibi fore lucrosam, alias sane non nisi stultus eam adiret, er-

go debuit praevidere restitutionem. ℞. Quod hereditas, quae uni posset esse damnosa, saepe alteri possit esse admodum utilis ac lucrosa: puta si minor non habeat magnum patrimonium, hereditas autem multis litibus sit implicata, quibus sustinendis par non sit patrimonium pupilli, tali casu diviti alicui, qui opulentum habet patrimonium, posset esse utilissima: sic iterum, si forte hereditas consistat in commercio multarum rerum, quarum minor vel tutor ejus nullam habet notitiam, tali casu hujusmodi hereditas posset esse utilissima ei, qui in similibus commerciis solet versari, ubi posset alteri esse damnosa etc.; unde nullo modo sequitur, ex eo quod putaverit hereditatem sibi fore lucrosam, eandem quoque lucrosam pupillo futuram.

Obj. Si statim post repudiationem factam minor restitutionem petiisset, ipsi concessa fuisset; atqui id tempus permisit praeterlabi lubrico aetatis; ergo per restitutionem debet poni in eo statu, in quo fuisset, si tempus id praeterlabi non permisisset. ℞. Quod non ideo ei denegatur restitutio, quia tempus id elabi passus est, intra quod restitutionem impetrare potuisset, sed quia post lapsum temporis, ubi interea illa hereditas sie meliorata est, non sit amplius eadem hereditas et in eodem statu, in quo erat tempore repudiationis; jam autem per restitutionem petere deberet restitui sibi hereditatem, quae et qualis erat tempore repudiationis; ast jam in eo statu non amplius existit.

Obj. Saltem restitutionem petenti hereditas debet restitui, refuso salario et impensis possessori pro industria ac labore, quem impendit, eodem modo uti contingit in h. f. possessorem hereditatis, qui convenitur petitione hereditatis. ℞. Sed disparitas est, quod h. f. possessor hereditatis impensas illas fecerit in rem alienam, cum non esset verus heres, et ita conqueri non debet, si hereditatem restituere cogatur vero heredi, refusis ei impensis ac salario; ast in casu thesis possessor hereditatis erat vere heres, et ita illas impensas in rem propriam fecit, et lucrum illud ex re propria redegit, hoc autem iniquum esset eidem invito extorqueri.

Obstat etiam *L. ult. cod. de repud. hereditate*, ubi dicitur, quod in casu thesis minor possit restitui. ℞. Disparitas est quod in illa lege agatur de minore, qui erat suus heres, qui cum vivo patre etiam domini existimentur rerum paternarum, dominium. patre mortuo, in ipsis continuari videtur, ita ut statim velint, nolint, ipso jure heredes existant; unde se abstinendo a paterna hereditate, non tam suum patrimonium non augere, quam potius diminuere videntur; unde in casu videntur certare de damno vitando, et ita eorum videtur potior causa esse debere, quam possessoris qui certat de lucro captando. Ast in *L.* 24 non agitur de suo herede, sed de extraneo, qui hereditatem repudiando non censetur patrimonium suum diminuere, sed tantum non augere, et ita is certat de lucro captando, uti possessor hereditatis; nam si v. g. sit substitutus, non consequetur hereditatem a minore, sed a testatore a quo est institutus, ita ut repudiatio minoris tantum sit conditio, sine qua non consequeretur hereditatem, non vero causa, sed causa est institutio a testatore facta.

Obj. *L.* 39 § 1 *ff. h. t.* Sed disparitas est quod minor alienando, patrimonium suum diminuerit, et ita jam certet de damno vitando, et ita potior ejus debet esse causa: ast in casu thesis minor certat de lucro captando. Nota quod Scaevola sit auctor hujus legis, ex cujus sententia loquitur Paulus in *L.* 24 § 2 *ff. h. t.*

§ VII.

Vidimus ut restitutioni locus sit, aliquid eum minore gestum esse debere: per gestum autem non tantum intelligitur factum aliquod, sed etiam omissum: ex eo autem gesto debet minor, vel fecisse damnum, vel lucrum omisisse; hine in *L.* 7 § 8 *ff. h. t.* quaeritur quid si minor rem vendiderit et postea aliquis pro eadem re plus offerat, an restitutioni locus esse possit? Et dicitur hoc casu eum posse restitui; tamen postea J. C. monet praetorem hoc non esse ita facile concedendum, et non nisi justa de causa: et hoc ipsum exigit utilitas ac favor ipsorum pupillorum; alias enim nemo eum his contrahere vellet, si quandocumque alius existit, qui plus offerat, minor restituatur, et ita contingeret, ut minor emptores non inveniret, quare J. C. praetoribus hanc regulam generalem dat: ut si res venditae sint tales, quae casibus fortuitis sunt subjectae et fortuito facile possent perire, hoc casu non facile restitutionem concedant: si vero res venditae sint tales, quae casibus fortuitis subjectae non sunt et facile servari possunt, tum facilius restitutionem concedat, cum jam rationes praedictae cessent; cum enim res illae non facile sint periturae, sed conservari possint, non est periculum ne minor perpetuo conservando damnum faciat.

§ VIII.

Ut autem restitutio concedatur minori, non sufficit minorem esse laesum ex aliquo secum in minori aetate gesto, sed insuper requiritur ut sit laesus lubrico aetatis; unde si laesus fuerit jure communi, ita ut etiam major eam laesionem evitare non potuisset, vel si laesus sit casu fortuito, vel damno fatali, cessabit restitutio.

Hinc si minor duos fidejussores habeat, et cum uterque tempore litis contestatae esset solvendo, quemque pro parte virili convenerit, et postea unus factus sit insolvendo, antequam sententia sit lata, et ideo minor petat restitui contra alium, ut eum in solidum possit convenire, non audietur, quamvis tamen hoc casu aliquid gestum sit cum ipso

minore, ex quo sit laesus; etenim per litis contestationem initus est quidam quasi-contractus, quo reus pactus est cum actore se ei soluturum dimidium seu partem suam virilem, si condemnetur, et hinc fit quod postea cum pro majori parte amplius nequeat convenire. Praeterea hoc casu minor laesus est jure communi, etenim dum uterque fidejussor est solvendo, tunc utrique competit beneficium divisionis; hoc beneficium autem ei competit adversus quemcumque, qui eum in solidum vult convenire ob fidejussionem, atque ita prudentissimus quisque paterfamilias hanc laesionem sufferre debuisset, nec eam evitare potuisset, cum ex lege et ipso jure alteri competeret beneficium divisionis, et ita minor non potest videri lapsus lubrico aetatis (*L.51 § 4 ff. de fidej*). Aliud foret si jam inde litis contestatae tempore iste fidejussor fuisset insolvendo; tunc enim cum jam alterum in solidum convenire potuisset, utpote cui jam non competeret beneficium divisionis, si quemque pro virili convenerit et sic litem fuerit contestatus, hoc ipso laesus est lubrico aetatis; prudens enim paterfamilias hoc casu non quemque pro parte virili, sed eum qui solvendo erat in solidum convenisset, cum jam repelli non posset per beneficium divisionis.

Non competet etiam restitutio minori, cum damno fatali sive casu fortuito est laesus; casus enim fortuitus a nemine provideri, nec arceri potest, et ideo etiam quandoque *vis major* vocatur; unde id damnum iterum prudentissimus quisque sensisset, unde tali casu minor non potest videri lapsus lubrico aetatis.

Hoc tamen non ita crude est accipiendum, sed haec distinctio est notanda: scilicet, ut si v. g. minor rem talem, quae casui fortuito obnoxia est, emerit, tunc si quidem haec ei fuerit necessaria, non competat restitutio; hoc casu enim verum est dicere, quod ne prudentissimus quisquam id damnum evitare potuisset, et ita ex hac ratione et aliis jam praevie allegatis, recte ei denegabitur restitutio: ast vero si ea res ei non fuerit necessaria, jam recte petet restitutionem, quamvis casu fortuito perierit; prudens enim paterfamilias id damnum evitare potuisset, utpote qui non solet facile emere rem mortalem et casibus fortuitis obnoxiam, nisi ipsi sit necessaria; unde minor rem talem sine necessitate emendo lubrico aetatis lapsus esse videtur. Hinc jam si minor servum non necessarium emerit, et emptione facta decesserit, competet restitutio; si vero servus minori esset necessarius, cessabit restitutio (*L.11 § 4 ff. h. t.*); sic etiam si minor domum sibi necessariam emerit et perierit, cessabit iterum restitutio; si vero illa domus non esset ei necessaria et perierit, minori competet plerumque restitutio, quia scilicet plerumque prudens paterfamilias non emit domus, nisi sibi necessarias, idque ideo quia eas casibus fortuitis scit esse obnoxias, nec in emptione earumdem ita consultum est emptori, quam in emptione agrorum, qui casibus fortuitis non ita sunt obnoxii. Diximus *plerumque*, quia scilicet examinandum est, an prudens paterfamilias id acturus fuisset, quod egit minor, ita ut hic certa tradi nequeat regula.

Casus elegantior huc spectans proponitur in *L. 11 § 5 ff. h. t.* Minor adiverat hereditatem, quae de facto erat *locuples*, postea facta est damnosa, puta ex eo quod aedes hereditariae sint combustae, servi aufugerint etc., aes autem alienum esset grande, quaeritur, an minori hoc casu concedenda sit restitutio? Julianus sentiebat minorem quandoque posse restitui; Marcellus autem putabat cum nullo casu restitui posse, idque hac ratione, quod non posset videri lapsus lubrico aetatis; cum enim, ut supponitur, hereditas esset locuples, eam prudentissimus quisque paterfamilias adivisset; Ulpianus tamen secutus est sententiam Juliani, et sensit quandoque minorem posse restitui, puta, dicit, si talem hereditatem adiit, in qua erant multae res mortales et quae facile casu fortuito perire possent, vel si adiisset hereditatem locupletem alicujus mercatoris, cujus negotia longe lateque in plurimas provincias erant diffusa, in his autem provinciis minor heres institutus nunquam fuisset, nec ullam communicationem ullamve notitiam in iisdem haberet, vel etiam minor negotiationis hujusmodi nullam haberet peritiam, vel etiam forte merces, ex eo quod trans mare essent, multum periclitarentur propter tempestates, aut incursum hostium, vel etiam erant multa credita, debitores autem facile poterant fieri insolvendo: his casibus, si minor non praevidens nihilominus talem hereditatem adiverit, in hoc ipso lubrico aetatis lapsus esse potest videri, et ideo videtur omnimode concedenda restitutio.

Obj. His casibus laesio illa non contigit ex aditione hereditatis, sed ex postfacto, ex eo nimirum, quod minor illas res casu fortuito obnoxias non distraxerit; si enim eas distraxisset, laesionem evitasset, ergo non potest restitui contra aditionem hereditatis, cum damnum id casu fortuito senserit, quod proinde ei nocere debet, cum in rebus ejus contigerit. ℟. Quod prudens paterfamilias, dum hereditatem adiret, hos casus praevidisset, atque ita dum hereditatem adiret, animum haberet cito res illas distrahendi, alias si hoc in animo non habuisset, hereditatem illam aditurus non fuisset; sed aliud erat in minore, cum enim non adverteret res illas facile posse interire, atque ita hereditatem posse fieri damnosam, non erat ita dispositus in adeunda hereditate, nec in animo habebat res illas distrahere, atque ita non erat prudens paterfamilias, ut ex post facto satis apparuit, cum eas tempestive non distraxerit, atque ita ejus nullo modo intererat hereditatem illam adire; adeoque si nihilominus illam hereditatem adiverit, in hoc ipso

quod non animadverterit hereditatem illam posse fieri damnosam, lubrico aetatis lapsus esse videri debet, et ideo restitui poterit.

Huc referri debet quod dicitur in *L.44 ff. h.t.*, *minores tunc lubrico aetatis lapsos videri, dum vel ab aliis circumventi, aut sua facilitate decepti, vel amiserunt quod habuerant, aut lucrum quod facere potuerunt, aut si se negotio aut oneri, quod non debuerunt suscipere, aut ipsis non conveniebat suscipere, se immiscuerunt aut subjecerunt*: ad hunc autem ultimum casum referri hic debet aditio hujus hereditatis, de qua nos agimus; minor enim scire debuerat, quod similis hereditas admodum periculosa esset, facileque eventurum ut ex postfacto aes alienum superaret lucrum, quod ex hereditate capere posset, et ita in damno haereret, quod cum non praeviderit, in hoc ipso lubrico aetatis lapsus videri debet.

§ IX.

Non tantum minoribus restitutio datur, sed insuper heredibus eorum, de rebus in quibus minores laesi sunt, et quae ad eos pervenerunt; cum enim minori, qui contrahendo laesus est, competat actio et jus ei sit quaesitum ad restitutionem petendam, hoc ad heredes transmittet, cum omnes actiones, omniaque jura, quae defuncto competebant, statim ab adita hereditate in heredem transeant.

Nec obstat, quod restitutio sit data in favorem personae ipsius minoris ejusque solius respectu, et ita ei soli videatur debere competere, et cum ipsa persona extingui; etenim non tam in favorem ejus personae, quam potius in favorem ejus patrimonii, ne nimirum patrimonium suum diminueret, aut nimis facile dilapidaret, hoc beneficium minoribus concessum est, unde non mirum quod cum ipso patrimonio ad heredes ejus transeat. Aliud est de privilegiis, quae solummodo in favorem alicujus personae, nullo respectu habito ad ejus patrimonium, conceduntur; haec enim ad heredes non transeunt.

§ X.

Quaeritur autem, quantum temporis competat heredibus minoris ad intentandum restitutionis remedium? Et generaliter responderi potest, quod quando heredes compleverunt annum 25, tantum temporis concedatur quantum defuncto, dum moriebatur, adhuc supererat ad illud intentandum, non computato eo tempore, quod, si minor vixisset, ei adhuc deerat ad majoritatem sive ut annum 25 compleret. Itaque si heres et defunctus uterque sit minor, hic heres minor post aditam a se hereditatem habebit adhuc 4 annos, postquam annum 25 compleverit; tantumdem enim defuncto adhuc competebat, dum is annum 25 complevisset. Si autem major succedat minori, tunc ab adita hereditate statim adhuc habebit 4 annos. Si autem minor succedat majori, tunc postquam adiit hereditatem et factus erit major, adhuc habebit quod defuncto ex 4 annis, quos a majoritate habet, ipsi supererant. Si autem major succedat majori, tunc statim ab adita hereditate adhuc habebit id quod majori ex 4 annis adhuc restabat (*L.* 18 § *ult.*, *L.* 19 *ff. h. t.*, juncta *L.* 5 *cod. de temp. rest. in integ.*).

§ XI.

Non tantum autem successori universali sive heredi minoris, sed et successori particulari competit restitutio in iis rebus, quas ex successione ejus acquisiverunt; hinc si minor in emptione alicujus rei circumscriptus sit, isque eam legaverit, etiam legatarius nomine istius rei a pupillo relictae adversus venditorem poterit petere restitutionem, quod sane mirum videri non debet, cum actio restitutionis tertio cedi possit (*L.* 24 *ff. h. t.*). Et ratio ejus est, quod testator rem illam legando censeatur eam legare cum omni jure, quod sibi circa illam rem competit, sive cum omni jure isti rei annexo, et quidem si aliquid exciperetur, deberet esse in favorem heredis, ast is favor heredis in casu nequit locum habere; quia ei in casu nequit competere beneficium restitutionis, cum ipse rem illam, ratione cujus restitutio posset impetrari, non possideat.

§ XII.

Quaeritur nunc an et quatenus restitutio minoris prosit fidejussoribus ejus? Et quidem generaliter responderi potest, restitutionem minoris non dissolvere nec tollere obligationem fidejussoris; etenim restitutioni minoris non inest liberatio fidejussoris ex mente et proposito ipsius praetoris, qui restitutionem minori concedit; is enim solummodo vult minori consulere et non tertio majori, maximeque semper curat ne ista restitutio alicui tertio prosit. Sed nec etiam liberatio fidejussoris inest restitutioni per necessariam consequentiam, quamvis enim id verum sit, quod ad constituendam obligationem fidejussoriam, sive ut fidejussor recte adhibeatur, requiratur ut subsit ac praeexistat obligatio saltem naturalis, attamen ut fidejussoris obligatio remaneat, sufficit ut subsit obligatio civilis tantum; facilius enim unumquodque retinetur, quam constituitur. Jam autem praetor, concedendo restitutionem, tollit quidem naturalem obligationem, seu potius tollit effectus naturalis obligationis, ast obligationem civilem non tollit; minorem enim per restitutionem tantum substrahit oneribus ac effectibus ejusdem, qua non obstante remanet obligatio civilis, ita quidem ut ex eadem summo jure adhuc agi possit, sed exceptione perpetua actor repellatur; eodem modo quo praetor suis heredibus concedens beneficium abstinendi, eos quidem substrahit

Digitized by Google

oneribus hereditariis, ast propterea non tollit, nequu adimit qualitatem heredis, ita ut, eo non obstante, suus heres adhuc jure civili heres sit ac maneat; ut enim heres esse desineret, id nequidem efficere potuit praetor, cum character heredis sit indelebilis.

Obstat tamen quod, si minor aut alius quiscumque inivisset cum creditore pactum de non petendo, fidejussor quoque liberaretur propter ipsum debiterem liberatum, quia nimirum alias pactum id debitori non prodesset; si enim fidejussor non liberaretur, sed solvere cogeretur, haberet actionem mandati aut negotiorum gestorum, qua id quod solvit repeteret, et ita in effectu idem esset, ac si debitor non esset liberatus; jam autem ex eadem ratione dicendum videtur fidejussorem liberari, ne alias restitutio minori sit inutilis. ℞. Dicimus in easu fidejussorem non habiturum actionem mandati, vel negotiorum gestorum, qua id quod solvit repetere possit; etenim minor eo ipso quo fidejussorem adhibuit tali contractui, ex quo laesus est, simul etiam in eo laesus est, quod fidejussorem adhibuerit, et ita adversus ipsam quoque fidejussionem restitui potest, ac eo ipso adversus fidejussionem restitutus censetur, quo restitutionem contra creditorem impetravit, ita ut a neutre efficaciter possit conveniri; hinc jam cessat ratio, cur propter ipsum minorem illa restitutio prodesset ejus fidejussori.

Sed quaeritur an aliquando, saltem ex aequitate, restitutio minoris proderit fidejussori? Putamus autem hic esse distinguendum: an fidejusserit pro minore, qua minore, sivo intuitu minoris, puta in exemplo; creditor aliter minori pecunias credere nolebat, quam si interveniret fidejussor, ut sic in omnem casum tutus esset, quia praevidebat forte fieri posse ut minor restitueretur: an vero fidejusserit pro minore, quatenus debitore principali, non vero intuitu minoris; priori casu, dicimus restitutionem minoris fidejussori non posse prodesse; posteriori, ipsi profuturam. Ratio est, quod praetor dum restitutionem concedit, omnia velit restituere in pristinum statum, omninoque cavet ne restitutio alteri prosit, quam minori; videndum itaque erit contra quem aequius sit, ut minor restituatur, an ut restituatur contra fidejussorem, an vero ut restituatur contra creditorem. Jam autem priori casu aequius videtur ut minor restituatur contra fidejussorem, quam contra creditorem; id autem aequius esse probatur ex eo quod tunc fidejussor sit causa contractus initi cum minore, atque adeo ipse est causa laesionis; nisi enim ipse fidem suam interposuisset, creditor pecunias non credidisset, etsi miner laesus non esset; unde sane aequius est, ut contra eum minor restituatur, alias restitutio illi fidejussori prodesset in necem creditoris, qui tamen, si fidejussor fidem suam non interposuisset, pecuniam non credidisset (*L.* 13 *ff. h. t.*, *L.* 1 et 2 *cod. de fidej. minor.*). In casu autem quo fidejussor non fidejusserit pro minore qua minore, sed qua debitore principali, tunc fidejussor non fuit causa laesionis, cum is jam non sit causa contractus initi, is enim non induxit creditorem, ut crederet; etenim quamvis minor non fuisset, equidem omni casu creditor fidejussorem intervenire voluisset, ast in priori casu forte tantum ideo fidejussorem intervenire voluit, quia pecuniam credebat minori, cui competere sciebat beneficium restitutionis, quem id petiturum ac impetraturum forte timebat (*L.* 51 *ff. de procur.*, *L.* 89 *ff. de acq. vel omitt. hered.*). Hanc in rem vide *L.* 95 § 3 *ff. de solut.*

Ast obj. Vinnius, quod fidejussor fidejubendo simpliciter, etiam in easum restitutionis debeat censeri fidem suam interposuisse, adeoque hoc etiam casu teneri voluisse, idque saltem ex mente ipsius creditoris, qui mediante fidejussione sibi in omnem casum consultum esse voluit. ℞. Ast Vinnius hoc asserendo nimis late extendit fidejussionis naturam, potuit enim tali casu in hoc solum intervenisse fidejussor, quod creditor vereretur ne minor forte fieret insolvendo: insuper creditor nequidem forte de restitutione cogitavit, idque potius dicendum, quia si creditor diceret se etiam ideo fidejussorem adhibuisse, ut in casum restitutionis sibi consuleret, hoc ipso de dolo argui posset, aut saltem suspicionem doli incurreret.

Objici adhuc potest, quod omnes exceptiones reales, quae prosunt debitori principali, prosint quoque fidejussoribus (*L.* 7 § 1 *ff. de except. praescr. etc.*); jam autem restitutio intentari potest per modum actionis intra quadriennium, vel per modum exceptionis, quae exceptio est realis ac perpetua; ergo eatenus restitutio proderit fidejussori. Sed ℞. quod illa regula in universum non obtineat, ut patet ex eo quod si quis pro invito fidejusserit, et debitor principalis cum creditore pactus sit de non petendo, exceptio ex illo pacto quaesita debitori principali, quamvis realis, non proderit fidejussori, quia scilicet debitoris non interest fidejussorem liberari; jam autem hic etiam minoris non interest restitutionem prodesse fidejussori, cum, eadem mediante, etiam adversus ipsum tutus sit. Deindo quamvis admitteremus omnem exceptionem realem, quae prodest debitori, etiam fidejussori prodesse, illae tamen non possent competere ei invito; jam autem ei invito deberet competere in casu quo fidejussit pro minore, quatenus minore; hoc enim casu ab initio censeri debet renuntiasse huic exceptioni, eum tune in eum ipsum casum intervenerit, quo minor restitueretur.

Exceptio tamen est, si creditor dolose cum minore contraxisset, hoc enim casu etiam restitutio minoris prodesset fidejussori (*L.* 2 *cod de fidejuss. minor.*).

§ XIII.

Quaeritur nunc an restitutio minoris prosit quoque ejus socio? Et distinguendum est, utrum negotium, in quo minor restituitur, sit dividuum, an vero individuum: et priori casu restitutio minoris non proderit ejus socio, ne alias restitutio sine necessitate etiam tertio majori prosit, quod semper sollicite praetor curat ne contingat: si vero sit individuum, tunc ex necessitate proderit ejus socio, ne alias ob personam majoris minor damnum aut injuriam patiatur.

Hinc si major et minor socii quisque partem suam simul vendiderit, et minor adversus hanc venditionem sit restitutus, restitutio illa non proderit ejus socio majori, sed solus minor partem suam pro indiviso recipiet ab emptore, alia manente apud emptorem.

Nec obest quod nemo invitus in communionem incidere debeat, minor autem in casu partem suam recipiens, altera remanente apud emptorem, in communionem incideret cum emptore, cum quo tamen forte communionem habere noluisset; nam ℟. quod id etiam contigisset, licet socius major, prout etiam poterat, solus suam portionem vendidisset, sicut autem eo casu potuisset agere cum emptore judicio familiae erciscundae, ita etiam hoc casu id facere poterit, et ita non manebit invitus in communione; quod vero emptorem attinet, ipse reliquam partem pro indiviso potest retinere, vel poterit venditorem cogere ut recepta sua parte, restituat sibi pretium, quod ipse dedit; recte enim emptor dicet, quod eam partem empturus non fuisset, sed quod totum fundum habere voluerit.

Nec obstat quod sic in effectu etiam venditor major restituatur, nam id fit ex accidenti, nec in consequentiam restitutionis, sed ex voluntate emptoris, qui partem illam retinere noluit (*L.* 47 § 1 *ff. h. t.*), in qua dicitur, id esse in arbitrio et electione emptoris.

Non obstat etiam quod forte nulla appareat probabilis ratio, quare emptor non tam bene emisset illam partem, quam totum fundum; etenim cum quisque sit rerum suarum liber administrator et arbiter, non tenetur rationem reddere quare id empturus fuisset, scilicet contractus emptionis venditionis ex parte emptoris semper est individuus, quatenus nimirum non teneatur partim stare, partim non stare emptioni, sive quatenus non teneatur invitus partem rei, quam totam emerat, retinere, partem restituere.

Si negotium sit individuum, tunc quidem beneficium restitutionis adhuc per se non proderit socio majori, sed proderit per consequentiam; v. g. minor cum socio imposuerat servitutem viae vel itineris fundo communi: quoniam servitutes sunt individuae, illa restitutio non tantum proderit minori, sed etiam ei quocum minor fundum communem habebat, ita ut ei, cui servitus illa constituta erat, nullo modo competat jus per fundum illum eundi, agendi etc.

Nec obstat quod saltem hoc modo servitus sit dividua, ut scilicet solus minor eum, cui ista servitus constituta erat, possit prohibere, major autem non possit: sic si unus dominorum, qui fundum communem habent, solus alteri tertio constituerit servitutem, quamvis alter socius, qui servitutem non constituit, eundem utentem servitute possit prohibere, attamen is, qui servitutem constituit, prohibere non poterit. ℟. Quod si id fieret in casu nostro, jam minor non posset dici restitutus; ante enim integer fundus ac in totum liber erat: etenim si tertius exerceret servitutem, ita ut minore prohibente, major eum prohibere non posset, ille fundus non foret plane in totum liber: praeterea cum fundus ille pro parte indivisa ad minorem pertineat, non potest in ulla parte fundi exercere servitutem, quin simul eo ipso exerceat in illa parte fundi, quae ad minorem pertinet; in communione enim pro indiviso quaelibet pars etiam vel minima communis est inter majorem et minorem, et ita si iste tertius posset exercere servitutem respectu majoris, etiam exerceret respectu partis, quae ad minorem pertinet, et ita ille fundus in totum liber non esset sicut ante erat, atque adeo minor non esset restitutus (*L* 10 *ff. quemadm. servit. amitt.*).

§ XIV.

Huc spectat *L.* 48 § 1 *ff. de fidej.*, in qua quaeritur, quid si major et minor fidejusserint pro debitore apud eumdem creditorem, an minore restituto, major amittat beneficium divisionis? Respondit Papinianus, quod si major fidejusserit ante minorem, is in solidum teneatur, atque ita beneficium divisionis amittat; ast vero si ambo simul, vel major post minorem fidejusserit, tunc non amittat beneficium divisionis, sed conventus in solidum id possit opponere. Ratio est, quod ubi major simul cum minore, vel major post minorem fidejussit, tunc statim ab initio et ipso momento fidejussionis interpositae majori coeperit competere beneficium divisionis, cum uterque supponatur solvendo esse, et minor ab initio vere, saltem naturaliter, fuerit obligatus; supponimus enim, quod tutore auctore fidejusserit; jam autem jus alicui quaesitum sine ejus facto et voluntate auferri non potest.

Nec obstat quod ab initio minori competeret beneficium restitutionis, quo mediante posset se subducere effectibus fidejussionis interpositae; nam hoc beneficium ab initio, antequam sit impetratum, nil operatur, ita ut, eodem non obstante, minor vere ab initio valide ac naturaliter obligetur, sed tantum tunc incipit operari, quando est impetratum. Jam autem variis modis contingere potest, ut minor id non impetret: insuper minor in casu non est lae-

sus a fidejussore, sed a creditore apud quem fidejussit; ipse enim cum confidejussore suo nil agit, unde aequius est, ut illa restitutio potius noceat creditori, quam confidejussori minoris.

Non obstat etiam quod si masculus et mulier simul fidejusserint, et mulier utatur exceptione senatusconsulti Vellejani, fidejussor in totum teneatur, et hoc ipso amittat beneficium divisionis (*d. L.* 48 *princ.*). Nam disparitas est, quod ab initio statim ab ipso momento fidejussionis interpositae mulier tuta fuerit exceptione Vellejani adversus exactionem hujus debiti, ita ut ab initio non obligetur naturaliter, unde ab initio fidejussor in solidum teneri coeperat, ita ut nunquam ei competierit beneficium divisionis; ast in casu nostro minor, qui cum tutoris auctoritate fidejussit, vere et naturaliter fuit obligatus, atque adeo cum uterque supponatur solvendo, fidejussori coepit competere beneficium divisionis, quod non debet amittere ob minoris restitutionem.

Sed quaeret quis, quare potius minor ab initio obligetur quam mulier? Ejus ratio haec est, quod mulier intercedens semper et ab initio praesumatur ac supponatur inconsiderate et cum damno intercedere, adeo ut recte comparari possit minori, qui sine tutoris sui auctoritate contraxit, quique sic contrahendo aut fidejubendo nil agit, nec ab initio ullo modo obligatur: ast id praesumi non debet, uti nec praesumitur de minore, qui cum tutoris sui auctoritate contraxit, quie quisque in dubio praesumitur semper bonus ac diligens paterfamilias, atque adeo etiam tutor vel curator, cujus auctoritate minor contraxit, tamquam talis praesumi debet. Igitur ex jam dictis patet, quod ab initio fidejussionis interpositae fidejussori competat beneficium divisionis, si ergo id amitteret, deberet esse ob restitutionem postea impetratam. Quod autem id propterea amittere non possit, sic probatur: minor non contraxit cum confidejussore, sed cum creditore, nec adversus confidejussorem restituitur, sed adversus creditorem, quocum contraxit, quique est causa laesionis; nimirum ipse est qui minorem in fidejussorem adhibuit, quique hoc ipso eum laesit, ac proinde restitutio potius debet nocere creditori, quam fidejussori, utpote eum hic minorem non laeserit.

Nec obstat quod creditor in omnem casum tutus esse voluerit, et ideo plures fidejussores adhibere volaerit; nam sibi imputet, quod minorem adhibuerit in fidejussorem, cum praevidere debuerit eum in integrum restitui posse. Nec quisquam instet, quod etiam major confidejussor praevidere debuerit restitutionem minoris, cum sciret aut saltem scire deberet, minori competere beneficium restitutionis, atque adeo contingere posse, ut in solidum teneretur; nam disparitas est, quod etiam creditor id praevidere debuerit, atque adeo eatenus sunt in pari causa; unde cum minor restitutionem petierit ac impetraverit contra solum creditorem, huic potius nocere debet quam fidejussori, cum contra eum sententia restitutionis sit lata.

Obstat ratio, quam reddit Pap. in *L.* 48 *ff. de fidej.*, *cum confidejussor scire potuerit, aut debuerit non ignorare mulierem frustra intercedere*; ex quo inferri posset confidejussorem etiam non ignorare debuisse minorem restitui posse. Sed quamvis illa ratio pro utroque casu militet, haec tamen non fuit ratio inductiva et principalis, ex qua Pap. in *L.* 48 ita responderit, sed ratio principalis et inductiva fuit ea, quam ab initio allegavimus; scilicet quod fidejussio mulieris ab initio non constiterit cum effectu, ast fidejussio minoris ab initio constitit cum effectu; J. C. ergo allegando hanc rationem, tantum demonstrare intendit, quod iniquum non sit, ut in casu fidejussor in solidum teneatur, cum id praevidere potuerit ac debuerit.

Non obstat etiam quod si unus confidejussorum fiat insolvendo, alter, non obstante beneficio divisionis, in solidum teneatur; etenim beneficium divisionis non est concessum in necem creditoris, sed ut majori facilitate, et quatenus cum minore incommodo fidejussorum fieri possit, suum consequatur, idque introductum fuit in favorem commercii, ut tanto facilius fidejussores inveniantur, cum alias non facile sine fidejussoribus creditores pecunias suas credere velint. Unde cum in casu objecto creditor sine sua culpa suum consequi nequeat a confidejussore, nec id etiam praevidere potuerit, merito ab altero totum etiam cum effectu exigere poterit, cum is se equidem in totum ab initio obligaverit. Aliud foret, si creditor cum altero confidejussore inivisset pactum de non petendo, quia quod tunc ab altero confidejussore suum consequi non posset, id proveniret ex culpa et facto ejus. Ast in casu objecto id citra ullam culpam creditoris contigit.

Magis obstat quod jam diximus, beneficium divisionis non esse inductum in necem creditoris, atqui in casu videretur inductum in necem creditoris, si non obstante restitutione, adhuc compotat confidejussori, cum sic contingat, ut suum consequi non possit. Sed notandum quod in casu beneficium divisionis non sit causa cur creditor suum consequi non possit, sed causa est restitutio minoris, ita ut beneficium divisionis fidejussori competens tantum sit occasio, qua contingit ut creditor suum jam non consequatur, adeoque non est beneficium divisionis quod nocet creditori, sed causa principalis est restitutio minoris, quam cum is praevidere potuerit, sibi debet imputare, quod eum in fidejussorem adhibuerit.

Obj. Adhuc quod si major confidejussor fidejussisset ante minorem, tunc, non obstante eo quod minor restituatur, nihilominus major in solidum teneretur, atqui tamen simul ac minor fidejussit, etiam majori coepit competere beneficium divisionis;

Digitized by Google

ergo a pari. Sed disparitas est, quod dum major post minorem, vel simul cum minore fidejussit, tunc statim ab ipso momento fidejussionis interpositae majori competebat beneficium divisionis, nec is in solidum teneri poterat, nisi minor postea fieret insolvendo, et ita recte allegabit se intuitu beneficii divisionis, quod statim a momento fidejussionis interpositae sibi competiturum sciebat, fidem suam interposuisse, quam etiam alias interpositurus non fuisset: ast dum confidejussor ante minorem fidejussit, tunc ab initio ei non competiit beneficium divisionis, sed in solidum tenebatur, atque ita licet postea fortuito ei incipiat competere beneficium divisionis, dicere nequit quod intuitu ejus beneficii fidejusserit, nec alias fidem suam interposuisset.

Nec obstat quod quamvis major ante minorem fidejusserit, equidem statim a facta fidejussione minoris ei coeperit competere beneficium divisionis ipso jure; etenim iniquum foret, quod tali casu creditor solidum consequi non posset a fidejussore, qui ab initio in solidum se obligaverat, idque ex eo quod in majorem securitatem secundum fidejussorem postea adhibuisset.

§ XV.

Vidimus huc usque, quibus restitutio minoris prosit aut noceat: nunc videamus contra quos id beneficium, quod ut ante vidimus, tam per modum actionis, quam exceptionis intentatur, possit opponi ac impetrari. Et quidem regulariter contra eum solum datur, quocum minor contraxit et a quo laesus est: contra tertium autem possessorem ordinarie non datur, puta minor rem vendidit et fuit deceptus, postea emptor eamdem distraxit, minori contra secundum emptorem regulariter non dabitur restitutio; ratio est, quod contra illum tantum impetretur restitutio a quo minor captus vel laesus est, jam autem tertius ille, sive secundus emptor cum minore nil gessit, et consequenter eum non laesit, ac proinde contra eum non debet dari restitutio.

§ XVI.

Excipitur primo, nisi res illae, ratione quarum minor petit restitutionem, sint tales, ut intersit minoris potius eas habere, quam aestimationem, et quas potius interest minoris habere, quam tertii possessoris, v. g. si res illae sint tales, quae pertinent ad splendorem familiae, v. g. sepulchra majorum et similia (*L.* 9 *ff. h. t.*). Excipitur secundo, si is quocum minor contraxit sit insolvendo; cum enim hoc casu minor ab eo consequi nequeat suam indemnitatem, et tam minor, quam tertius possessor certet de damno vitando et eatenus sint in pari causa, potius respondendum est pro minore, cum in pari causa semper melior sit conditio ipsius minoris: praeterea tertio possessori potest imputari, quod non cautius contraxerit, et sibi melius non prospexerit; tenetur enim emptor scire conditionem ejus, quocum contrahit, et fieri posse ut res illa a se per restitutionem, vel condictionem possit avocari, puta si res illa aliquando pertinuerit ad minorem, ideoque melius inquirere debuit, cujus fuit illa res, quam emebat (*L.* 13 § 1 *ff. h. t.*, item *L.* 14 *ff. eodem.*). Excipitur tertio, si secundus emptor sciverit quod res illa, quam emebat esset minoris, et tunc iterum est quod sibi imputet, cum tunc sciverit, aut saltem scire debuerit minorem super illa re facile restitutionem petiturum ac impetraturum (*d. L.* 13 § 1 *ff. h. t.*). In casibus autem, in quibus minor etiam contra tertium possessorem potest restitui, dabitur isti tertio possessori contra venditorem utilis actio de evictione (*L.* 15 *ff. h. t.*, et *L.* 39 *ff. de evict.*).

§ XVII.

Huc adhuc spectant varii casus, qui nullam habent difficultatem, quales proponuntur in *L.* 11 § 6 *et* 7, et in *L.* 12 *ff. h. t.* Sic in *L.* 11 § 6 quaeritur, utrum minori adversus minorem competat restitutio, et dicitur distinguendum: ut siquidem uterque sit in pari causa, puta si uterque certet de damno vitando, deneganda erit restitutio, quia favorabiliores omni jure sunt partes rei, quam actoris si autem uterque certet de lucro captando, tunc erit examinandum quis captus sit; unde si minor repudiaverit hereditatem lucrosam, quam alius minor forte substitutus, vel proximus ab intestato adivit, restitutioni locus erit; is enim qui talem hereditatem repudiavit captus est, et is qui eam postea adivit, captus esse dici nequit, utpote ad quem hereditas nunquam delata fuisset, nisi alter repudiasset: ubi autem unus certat de damno vitando, alter de lucro captando, tunc ei qui certat de damno vitando concedenda erit restitutio. In § 7 *ejusd. L.* quaeritur, quid si minor filiof. pecuniam mutuam dederit, cujus potior erit conditio, an minoris petentis in integrum restitutionem, an filiif. opponentis beneficium senatusconsulti Macedoniani? Et distinguendum est, utrum filiusf. fuerit minor, an vero major: si enim fuerit minor, tunc tantum ab eo repeti poterit in quantum factus est locupletior, cum enim tunc uterque certet de damno vitando, eatenus sunt in pari causa, atque adeo eatenus tantum concedenda est restitutio, quatenus accipiens ex illo mutuo vellet locupletari: ast vero si filiusf. fuerit major, totum ab eo poterit repeti, nulla habita ratione exceptionis Macedoniani, quia scilicet fortius est jus quod minori per restitutionem competit, quam jus quod oritur ex Macedoniano; etenim pro minore facit imbecillitas aetatis, potuit enim ignorare minor, quod accipiens esset filiusf., vel quod filiif. competeret exceptio Macedoniani, minoribus enim impune jura ignorare permittitur. Haec probat *L.* 34 *ff. h. t.*

Digitized by Google

§ XVIII.

In L. 12 *ff. h. t.* quaeritur, quid si mulier apud minorem creditorem intercesserit pro debitore ejus, debitor autem fiat insolvendo, et ideo minor mulierem conveniat, ea autem minori agenti opponat exceptionem senatusconsulti Velleiani, minor vero adversus eandem restitui petat, quis erit audiendus? Potius minori, quam mulieri succurrendum est: ratio scilicet dubitandi erat, quod utrumque remedium, tam senatusconsulti, quam restitutionis, sit concessum propter imbecillitatem ac fragilitatem illarum personarum; ratio autem decidendi fuit, quod imbecillitas ac fragilitas minorum sit inevitabilis ac invincibilis, ast fragilitas mulierum non est invincibilis, neque etiam eorum sexui inesse solet, pleraeque enim satis pollent ingenio, quo si velint uti, satis recte negotia sua administrant; quod autem quandoque secus evenit, id contingit ex earum culpa, quod nimirum tam faciles sint, ut se a quocumque seduci patiantur, ac proinde sibi debent imputare, unde iterum non sunt in pari causa.

§ XIX.

Exposuimus huc usque requisita, ut minor possit impetrare restitutionem: nunc videamus quis sit effectus restitutionis: hic autem est: praetor concedendo restitutionem omnia in pristinum statum reponit, quantum id fieri potest, et quidem ante omnia curat, ut minor restituatur, ita ut quoad eum omnia in pristinum statum restituantur: quod autem attinet eum, contra quem minor restituitur, eundem in pristinum statum restituit, quatenus id aequitas postulat; unde omnia, quae minor interea gessit, et ex quibus non est laesus, rata manent; hinc si minor hereditatem adierit et postea contra aditionem restituatur, omnia quae minor interea circa res hereditarias gessit, rata manent. (*L.* 22 *ff. h.t.*, *L.* 24 *ff. de acq. vel omitt. hered.*, *L.* 31 *ff. h. t.*): hinc si minor cum aliquo circa res hereditarias contraxerit, contractus erit validus, atque etiam manebit validus post impetratam restitutionem: his enim, qui cum minore bona fide contraxerunt, non debet nocere restitutio postea impetrata, cum ipsis nihil sit imputandum; ipsi enim examinare non debuerunt, utrum aditio illius hereditatis minori conveniret, necne, cum illorum non esset immiscere se negotiis ejus. Sic etiam si minor interea temporis, seu eo tempore quo adhuc heres existebat, ante impetratam restitutionem aliquibus creditoribus hereditariis solvisset, impetrata vero restitutione, nihil aut non satis supersit, ex quo reliquis creditoribus satisfiat, et ideo hi petant ut priores pecuniam, quam acceperant restituant, ac pro rata communicent, audiri non debebunt; cum enim minor vere heres esset, recte solvit, creditores autem non nisi id, quod sibi debebatur consecuti sunt; unde cum sibi fuerit solutum ab eo qui recte solvere poterat, ac etiam tenebatur, restituere aut communicare non debebunt pecuniam acceptam, cum eam jure acceperint (*L.* 31 *ff. h. t.*).

Quid si minor adiverit hereditatem damnosam, contra quem restituetur? Contra aditionem, quia per aditionem fuit laesus. Sed quid, si tali casu plura debita solverit, quam sunt bona hereditaria, an contra solam aditionem restituetur? ℟. Negative, sed restituetur etiam adversus creditores: hoc enim casu bis fuit laesus, semel adeundo hereditatem, in qua erant plura debita quam bona, et semel in eo quod suam propriam pecuniam impenderit satisfaciendo creditoribus; unde etiam adversus ipsos creditores poterit restitui.

Ex jam dictis patet, non omnia semper restitui in pristinum statum, in quo erant antequam minor contraheret, idque praesertim respectu ejus, contra quem minor restituitur; sola enim ratio cur debeat restitui, est iniquitas qua alias afficeretur, hinc is etiam tantum restituendus est, quatenus id fieri potest sine praejudicio ipsius minoris, ne alias minor injuria afficiatur. Hinc apprime semper inspiciendum erit, ut nihil sit imputandum ei, contra quem minor restituitur, hoc enim casu difficilius restituetur, hinc etiam fieri potest, ut nihil consequatur. Sic juxta *L.* 25 § 4 *ff. h. t.*, si aliquis minori pecuniam mutuam dederit, et is eam dilapidaverit, postea autem minor impetraverit restitutionem, qui pecuniam dedit, nihil consequetur a minore; dum enim pecuniam mutuam dabat, examinare debuit, an minor recte et in suam utilitatem illam pecuniam fuisset impensurus, unde si id non fecerit, sibi imputet. Aliud foret si a minore fundum v. g. emisset et pretium solvisset, hoc enim casu, nisi sciverit minorem esse prodigum aut illam pecuniam dilapidaturum, si postea contra ejus opinionem minor forte pretium dilapidaverit et petat restitui, non audietur, nisi restituat venditori pretium cum usuris: ratio est, quod jam non sponte, sed coactus ei hanc pecuniam solverit, cum jam inde ex contractu emptionis ei coeperit teneri; unde aliud erit, si dum solverit, jam inde sciret minorem esse prodigum et pecuniam illam dilapidaturum; hoc enim casu, si minor pecuniam illam dilapidasset, nihil recipiet venditor, sed fundum cum fructibus restituere debebit. Hoc autem notandum, quod in casu quo aliquis rem aliquam a minore emit, v. g. fundum, si minor postea contra hanc venditionem restituatur, is contra quem minor restituitur, ultra fundum insuper restituere debeat omnes fructus, non tantum quos percepit, sed etiam quos percipere potuit; scire enim debuit fieri posse, ut minor restitui peteret, quo casu sciebat quod et fundum et fructus restituere deberet, quin imo etiam illos debebit restituere, quos ipse percipere quidem non potuit, sed minor percipere potuisset, quia alias minor non posset dici restitutus; si enim rem illam

Digitized by Google

minor non vendidisset, ipse eosdem percipere potuisset. Si autem minor fundum aut aliam rem emerit et contra hanc emptionem fuerit restitutus, tunc is contra quem minor fuit restitutus, minori restituere debebit pretium cum usuris, non tantum quas percepit, sed etiam quas percipere potuit: minor autem eidem restituere debebit fundum et fructus, quos ex eodem percepit, in quantum ex iis factus est locupletior. Haec quae diximus circa pecuniam a minore acceptam, multo magis obtinent contra eum a quo minor laesus est in contrahendo, si minor curatorem non haberet, quia tunc tanto facilius fieri potuit, ut minor illam pecuniam dilapidaret, quare etiam tunc si velit recuperare pecuniam a se datam, probare debebit, quod illa pecunia, quam minori tradidit, in utilitatem minoris sit versa.

§ XX.

An minor debeat uti restitutione sibi concessa: v. g. minor restitutus est contra venditionem fundi a se factam, an tali casu emptor, contra quem minor restitutus est, eum cogere poterit, ut sibi, recepto fundo cum fructibus, pretium restituat? R/. Negative, uti etiam deciditur in *L.* 41 *ff.h.t.* Ratio est, quod restitutio minori impetrata concedatur in ejus favorem, cui consequenter potest renuntiare, nam quisque potest renuntiare favori pro se introducto, et quod in favorem alicujus introductum est nunquam hanc interpretationem accipere debet, ut vergat in ejus odium.

Obj. Judex concedendo restitutionem, per sententiam non tantum emptorem jubet restituere fundum, sed etiam minorem vicissim jubet restituere pretium, unde videtur hoc ipso acquisita emptori actio judicati ad pretium petendum. R/. Quod enim judex jubeat minorem restituere pretium, id tantum est in consequentiam restitutionis fundi, quam emptorem facere jusserat, et pro cujus traditione minor id pretium receperat; unde si minor recipere nolit fundum, hoc ipso liberabitur ab obligatione restitutionis pretii, cum ad hoc tantum teneatur in consequentiam rei receptae, adeo ut antequam rem receperit, non teneatur ad restituendum pretium.

Obj. Si in alio judicio minor, vel alius quicumque rem aliquam petiisset, cum reus ei tantum vellet prestare aestimationem ejusdem, et is vicisset, tali casu reus victus etiam victorem cogere posset, ut sit contentus cum ipsa re, adeo ut is non possit postea, mutata sententia, petere aestimationem; ergo idem debet esse in casu restitutionis. R/. Quod judicium restitutionis ab omnibus aliis sit distinguendum; in his enim fertur sententia declaratoria juris, quod utrique partium competiit, idque non magis in favorem unius, quam alterius; ast in judicio restitutionis sententia fertur in solius minoris favorem, cui consequenter pro suo arbitrio potest renuntiare.

§ XXI.

Restat nunc videndum quandonam cesset restitutio. Et quidem primo cessat, si contractus sit ipso jure nullus, quia tunc rescissione non indiget, neque etiam, rescindi potest; hinc si minor, quamvis etiam, tutore auctore, rem immobilem, vel quae immobilium jure censetur, alienaverit, non dabitur ei restitutio, quia haec alienatio non subsistit, sed est ipso jure nulla. Cessat etiam, si minor mandato alterius aliquod negotium gesserit, quia hoc casu restitutio illa magis prodesset majori, quam minori, quod tamen ne fiat, praetor semper maxime curat. Sed quid, si minor, tutore auctore et decreto praetoris interveniente, rem immobilem alienavorit, postea autem cum in illa venditione laesus esset, petat restitutionem, an erit concedenda? Praenotandum, quod minor dupliciter ex alienatione damnum sentire possit; et primo quidem ex eo quod alienatio rei immobilis ei non conveniat; secundo ex eo quod quamvis illa alienatio ei conveniat, tamen in pretio circumventus est: in hoc posteriori casu omnes satis conveniunt restitutionem minori esse concedendam, idque ex hac ratione, quia nimirum praetor concedendo veniam alienandi, non judicavit, nec cognovit utrum illa res justo pretio alienaretur, sed solum de eo, utrum illa alienatio minori conveniret: ast multi, uti Voetius, contendunt priori casu esse denegandam restitutionem: eos autem errare non dubitamus, hanc enim sententiam improbat *L.* 11 *cod. de praed. et aliis reb. minor. non alien.*, in qua generaliter dicitur, in casu preposito concedendam esse restitutionem. Improbatur etiam haec sententia a ratione; etenim ut jam vidimus, judex etiam restitutionem concedere potest contra propriam sententiam, ergo a fortiori restitutionem concedere poterit contra decretum alienationis a se interpositum, etenim sententia fertur cum plena causae cognitione, et directe contra ipsum minorem, ubi decretum alienationis tantum cum summaria causae cognitione, nec contra minorem, sed in favorem ejus fertur. Ergo si haec alienatio pupillo vel minori non conveniat, multo magis ei erit concedenda restitutio, scilicet ideo praetor etiam contra propriam sententiam minori concedit restitutionem, quia putat minorem causam suam ob lubricum aetatis non sat recte defendisse aut probasse; jam autem in casu fieri potest, quod tutor petens interponi decretum, statum causae non satis exposuerit, et ita interpositum sit decretum, quod alias interpositum non fuisset, si statum causae bene novisset praetor.

Obj. Si solutio facta fuerit pupillo vel minori, interveniente decreto magistratus, si forte postea minor pecuniam solutam dilapidaverit, adversus solutionem ita factam nequit impetrari restitutio, ergo a pari; sed R/. Quod decretum in casu solutionis ideo expresse fuerit adhibitum, ut excludatur re-

stitu.io, non vero ut solutio validetur, nam alias etiam valide fieri poterat sine decreto, si nimirum pupillo solutio fiat cum auctoritate tutoris, ast decretu e alienationis ideo adhibetur, ut alienatio validetur, eum alias valida non foret neque subsisteret, ac proinde cum etiam in hac alienatione laedi potuerit, non mirum, quod adversus eam concedatur restitutio: ast priori casu iniquum foret adhuc concedi restitutionem, cum ad eam excludendam praecise decretum fuerit interpositum. His accedit, quod debitor solvens ex necessitate solvat, cum ad solutionem faciendam invitus cogi posset, hinc etiam sane aequitas postulat, ut remedium aliquod concedatur, quo ei plene consulatur; ast vero emptor rem illam a minore emens non cogitur emere invitus, sed omnino sponte ac voluntarie emit, ac proinde sibi imputet, quod a minore emerit, quem praevidere potuit ac debuit posse in integrum restitui.

§ XXII.

Vidimus ergo quod si minor rem aliquam vendiderit et in pretio laesus sit, ei competat restitutio: hac occasione quaeritur, quid si emptor velit supplere quod deest justo pretio, an sit audiendus, an vero, non obstante illa oblatione, minor restituetur? Priorem sententiam defendit Voetius et alii, ast infaustis avibus, quod satis clare probatur ex *L.* 27 § 1. *circa finem ff. h. t.* in qua dicitur, quod si minor praedia minori pretio distraxerit et ideo petierit restitui, tali casu emptor juberi debeat praedia cum fructibus restituere; quod sane ita generaliter ac simpliciter dictum non fuisset, si in emptoris arbitrio foret rem ipsam aut id quod deest justo pretio restituere. Id etiam probatur a ratione; scilicet per restitutionem omnia reponi debent in pristinum statum, quae non reponerentur in pristinum statum, si emptor post restitutionem defungeretur supplendo id, quod deest justo pretio.

Obj. Voetius, quod si ab initio res justo pretio vendita fuisset, minor rem ipsam repetere non posset, ergo si jam postea venditor velit supplere quod justo pretio deest, hoc ipso defungitur: sed ℟. quod si ab initio res justo pretio vendita non fuerit, hoc ipso minori competere coeperit restitutio, qua mediante, rem ipsam repetere posset, haec autem, ubi semel competiit, eidem invito, sine ejus facto auferri non potest, unde quamvis postea emptor supplere velit quod deest justo pretio, per hanc oblationem non poterit minori auferri jus sibi acquisitum ad rem repetendam.

Obj. Praetor ideo tantum concedit restitutionem, ut laesio tollatur, ergo si emptor suppleat quod deest, debet defungi: confirmatur haec objectio: cessante causa, cessat effectus; jam autem si emptor suppleat quod deest justo pretio, cessat restitutionis causa, quia sic cessat laesio, quae est causa restitutionis: ast ℟. quod duobus modis tolli possit laesio, scilicet vel supplendo quod deest justo pretio, vel jubendo rem ipsam restitui, et omnia reponi in pristinum statum, ex his autem duobus modis posteriorem praetor elegit, idque in favorem minorum, ut tanto plenius iis sit consultum. Idem responde, si objiciatur, quod praetor restituendo, praecise reddat id quod laesio abstulit, supplendo autem quod deest, non potest amplius minor dici laesus: nam assumptum est falsum, si per hoc intelligatur, quod restitui debeat id quanti minoris res fuit vendita, cum restitutio omnia in pristinum statum restituat. Quod autem attinet axioma, quo objectio confirmatur, illud tantum importat, quod cessante causa, cesset effectus ponendus, non vero is, qui jam plene positus est, ubi enim jam plene est positus, est omnino independens a sua causa; jam autem in casu nostro effectus jam plene positus erat ab ipso momento, quo res minoris erat vendita, hoc ipso enim restitutio jam inde plene minori acquisita erat. Tandem si stricte loqui velimus, falsum est, quod cesset causa, quia quamvis emptor velit supplere quod justo pretio deest, nihilominus adhuc verum erit dicere, minorem in ipso contractu laesum esse, quae laesio est causa restitutionis, atque adeo ea etiamnum durat.

Obj. Si venditor laesus sit ultra dimidium, et ita ex hac causa venditio fuerit rescissa per remedium *L.* 2 *cod. de rescind. vend.*, in electione emptoris est an velit rem ipsam restituere, an vero supplere quod justo pretio deest: sed disparitas est quod haec restitutio *L.* 2 concedatur majori, jam autem multa recepta sunt in restitutione minorum, quae non obtinent in restitutione majorum, sic si minor petat restitutionem, ei etiam restituendi sunt fructus, secus obtinet in *d. L.* 2.

Obj. *L.* 22 § 1 *ff. de jure dotium*. Hujus autem §. duo sunt capita: dicitur in primo, quod si mulier servum, minoris quam valeret aestimatum, in dotem dederit et ideo impetraverit restitutionem, tunc si quidem mulier in hoc sit laesa ac circumscripta, quod hunc servum in dotem dederit, cum eum dare non debuisset, hoc casu agere possit, ut servus sibi restituatur; ast vero si in pretio sit laesa tantum, mulierem praecise ac determinate agere non posse, ut servus sibi restituatur, ita ut tunc sit in electione mariti, utrum velit rem ipsam an vero justam aestimationem restituere, sive an velit supplere id quod deest justo pretio; hoc ita in supposito quod servus vivat, ibique est primum caput ejus §., idque in casu mirum non est: siquidem hoc casu major et non minor restituatur, in quorum restitutione, ut jam diximus, non tam favorabiliter agitur, quam in restitutione minorum. Secundum caput hujus §. jam incipit: dicit enim J. C. *quod si servus decessit, Marcellus ait, magis aestimationem esse praestandam, sed non justam, sed eam quae fuit facta etc.* Tandemque subjungit *idemque et in minore circumventa Mar-*

cellus probat: ergo, inquit Voetius, juxta hanc legem, in electione emptoris est, an velit rem ipsam restituere, vel id quod deest justo pretio: sed R/. quod verba illa *idemque et in minore circumventa Marcellus probat* non debeant referri ad primum caput hujus §, aut ad utrumque, sed tantum ad secundum, quo servus decessit; quo casu verum est idem obtinere, licet minor restitutionem impetraverit, idque tanto magis, quod J. C. dicat Marcellum idem statuere ac probare in minore circumventa, jam autem Marcellus tantum dixerat, in casu quo servus decessisset, aestimationem esse praestandam, ergo etiam ad hunc tantum casum credendum est, quod J. C. se referat. Ita etiam judicatum fuit in casu de jure retractus in curia Brabantiae: frater scilicet alienaverat fundum, et intra tempus ad retractum statutum eumdem a suo emptore redemerat: frater hujus venditoris voluit illum fundum jure retractus avocare: quaerebatur an jure? Et pro affirmativa responsum fuit; quamvis enim jus retractus tantum institutum sit, ut fundi maneant in familia, isque fundus per redemptionem jam denuo sit reversus ad familiam, et quidem ad eum, penes quem ante existebat, et ita causa retractus cessare videatur; attamen hoc jus, quod statim a facta venditione fratri fuit quaesitum ad fundum retrahendum, non potuit amittere per factum fratris sui; etenim hoc jus statim a facta venditione erat quaesitum, sive effectus jam erat positus; unde id etiam invitus sine suo facto amittere non potuit.

§ XXIII.

Cessat etiam restitutio, ut per se patet, si aliquid gestum sit non cum minore, sed cum majore, ast saepe in hoc puncto exurgit difficultas: scilicet circa illa negotia, quae tractum temporis desiderant, et quorum initium extitit tempore minorennitatis: de tali casu agit *L.* 3 §1, *et* 2 *ff. h. t.* Ut autem tanto penitius res explicetur, primo proponemus hunc casum. Aliquis tempore minorennitatis, tutore auctore, adiverat hereditatem, major autem factus, an te annum tamen vigesimum nonum exegerat debitum, aut solverat, verbo negotium aliquod hereditarium gesserat: quamvis plerique tantum duobus prioribus casibus, seu quando debitum exegit aut solvit, restitutionem concedant, nos tamen demonstrare conabimur, etiam aliis casibus competere restitutionem. Nituntur adversarii hoc argumento: quod in duobus prioribus casibus specialis adsit ratio, propter quam restitutio concedatur: et primo quidem, quando exegit debitum, id debet censeri fecisse in consequentiam aditae hereditatis, ne alias forte contingeret, ut debitores postea fiant insolvendo, atque ita nec ipse, nec is qui, mediante forte restitutione, in suum locum succederet, suum consequi non posset: in secundo autem casu, quando creditoribus hereditariis solvit, ideo solvit, quia cum esset heres, obligatus erat ad solvendum, itaquidem, ut si solvere renuisset, ad solvendum etiam invitus cogi potuisset; ast vero in aliis casibus hae rationes cessant: v. g. si vendidit fundum hereditarium etc., quia eum non alienare potuisset, contendunt restitutionem denegandam esse. His tamen non obstantibus, putamus omni casu quotiescumque minor, major factus, negotium aliquod hereditarium gessit, concedendam esse restitutionem; ratio est, quod statim ab initio quo hereditatem adiit, ex qua laesus est, hoc ipso ei coeperit competere jus petendi restitutionem intra tempus a legibus praefinitum, quod proinde ei non debet auferri, nec etiam amittere potuit, nisi vel huic juri renuntiasset, vel per ratihabitionem illud amisisset: jam autem neutrum dici potest, ut jam videbimus. Imprimis notandum, quod minor in casu non debeat, nec possit restitutionem petere adversus solutionem, vel exactionem debiti, aut aliud quodvis negotium hereditarium a se interim in majori aetate gestum, quia eatenus ei non competeret, cum id jam inde major gesserit, et ut ante vidimus, omnia quae interim gesserit, rata maneant; sed petere debet adversus ipsam aditionem hereditatis, ex qua tantum laesus est. Itaque non potest minor dici renuntiasse juri sibi quaesito ex aditione hereditatis, quia imprimis non renuntiavit expresse, atqui nec etiam dici potest quod renuntiaverit tacite; quia ut hoc posset dici, factum gestionis deberet habere necessariam connexionem cum renuntiatione, sive deberet necessario sequi renuntiatio ex illo facto: jam autem id dici non potest, quia minor negotium illud gessit in consequentiam aditae hereditatis, quae aditio sane erat valida, atque adeo etiam minori jus quaesitum fuit res hereditarias gerendi ac alienandi; hinc ex gestione illa negotii hereditarii ad summum potest inferri, quod minor hoc ipso agnoverit validitatem suae aditionis: jam autem eandem necessario agnoscere debuit, cum certo constet minorem, tutore auctore, valide hereditatem adire: ex eo autem nullo modo inferri potest, quod renuntiaverit juri petendi restitutionem. Praeterea qui simile negotium hereditarium gessit, potuit ignorare quod ex aditione sit laesus: puta si necdum vires hereditarias exploraverit, nec quousque ascendat aes alienum, quo casu renuntiasse praesumi non potest, cum renuntiatio involvat cognitionem status rerum. Sed supponamus adhuc, quod sciverit se per aditionem laesum esse, quod tamen difficillimum erit probare, inde nullo modo sequetur eum renuntiasse; nam ad summum inde inferri posset, quod major factus nondum in animo haberet, aut certus esset an restitutionem petere velit. Is autem, qui circa rem aliquam deliberat, dici non potest ei renunciare, quod autem statim atque scivit sibi competere restitutionem, non petierit, in eo non peccavit, nec quidquam ei est imputandum, cum sci-

ret, sibi a legibusdstum esse quadriennium ad eam petendam; nemini enim quidquam debet imputari, quod non sit usus jure sibi competente statim ab initio, quo scivit jus aliquod sibi competere, quando ei praestitutum est tempus a jure, intra quod jure illo uti potest.

Nec quisquam dicat, hoc saltem ei imputandum esse, quod negotium tale hereditarium sine ulla necessitate gesserit; nam cum sciret se valide hereditatem adivisse, etiam scivit jus sibi competere simile negotium gerendi in consequentiam aditae hereditatis: jam autem nemini imputari debet, quod utatur jure sibi competente, tanto magis quod in casu nemini damnum intulerit, quia, ut jam diximus, rata manent quae antea gessit, quamvis postea petat in integrum restitui.

Sed nec etiam dici potest, quod negotium illud gerendo, aditionem ratam habuerit. Etenim ratihabitio illa, quam intervenire intendunt, nullum juris effectum habere posset distinctum ab ipsa renuntiatione; nec dici debet, quod ratihabitionem illam applicaverit ipsi aditioni, nam exinde nihil sequeretur, nec ullus effectus haberi posset, cum ratihabitio circa actum validum, uti erat aditio minoris facta cum auctoritate tutoris, nihil operetur; etenim ratihabitio tantum locum habet in illis actibus, in quibus aliquid deest, ut plene perficiantur. Nec potest dici, quod minor per illam ratihabitionem voluerit perinde haberi, ac si restitutio nunquam sibi competiisset, quis id efficere nequidem potuit; cum enim ex illa aditione minor supponatur laesus statim ab ipso momento aditionis, etiam ei invito coepit competere jus petendae restitutionis. Quae diximus, hoc exemplo illustrantur: si filiusf., insciente patre, pecunias mutuas acceperit, certum est tum patri, tum filio competetere exceptionem senatusconsulti Macedoniani; haec autem exceptio introducta est in favorem patris, unde si pater postea mutuum id ratum habuerit, desinit tum patri, tum filio competere exceptio, non quasi pater hoc ipso renuntiasset huic exceptioni, ut plerique volunt, sed quia hoc ipso videri debet pater perinde omnia voluisse haberi, ac si ab initio mutuum voluisset: ratio est, quod illa ratihabitio patris retro operetur, et aequiparetur mandato, ita ut, postquam pater ratum habuit, perinde habeatur ac si mutuum dare jussisset, quo casu exceptio senatusconsulti neque patri, neque filio unquam competiisset. Hoc autem notandum, quod ratihabitio tunc demum hunc effectum habeat, quando eo tempore quo actus celebratur, ab arbitrio ac voluntate ejus, qui ratihabitionem illam postea interposuit, dependebat validitas aut nullitas alicujus actus: id autem contingit in exemplo allegato, quia exceptio, ut jam diximus, introducta est in favorem solius patris, ita ut si tempore contractus initi, pater mandatum dedisset, aut consensum suum interposuisset, illud mutuum valide fuisset contractum: filiusf. autem non potest ratihabitionem interponere ad hunc effectum, ut retro operetur, sed ad hunc solum, ut ipse solum ex nunc videatur ei renuntiasse, si id fecerit, jam sui juris effectus. Aliud est in casu majoris, qui tempore minoris aetatis hereditatem adiit, quia tempore actus interpositi, sive tempore aditae hereditatis, ab ejus arbitrio aut voluntate non dependebat, utrum sibi competeret restitutio, quia etiam ei invito competiit, modo ex aditione sit laesus; unde is comparari debet filiof., de quo antea diximus: renuntiatio enim, quam major factus fecit, tantum ex nunc operatur, nec potuit per ratihabitionem efficere, ut perinde haberetur, atque si jam inde retro ei restitutio nunquam competiisset.

Obj. Habetur integer titulus in codice, qui agit de ratihabitione a majoribus facta, circa ea quae in minore aetate gesserunt, sic enim inscribitur *quod major factus ratum habuit minor*. ℟. In toto illo titulo agitur de talibus negotiis, quae minor invalide gessit, non autem de iis, quae per se valide gessit, ut in nostro casu.

Obj. Si minor metu inductus contraxerit, et cessante metu solverit sponte, non juvabitur restitutione. ℟. Quod hoc ipso quo, cessante metu, rem illam sponte ac libere solvit, metus purgetur; nam quamvis quidem contractus metu initus ab initio validus esset, tamen ad solvendum ex tali contractu nunquam cogi poterat, et revera si ex tali contractu conventus fuisset, restitutionem ex capite metus per modum exceptionis, vel etiam per modum actionis proponere poterat; unde libere et sponte tradendo, videtur in contractum consensisse, ac supplevisse id quod ipsi contractui deerat, nimirum liberum consensum; unde tunc eo ipso cessat causa restitutionis concedendae.

Obj. *L.* 3 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur, quod si minor annum forte vigesimum quartum agens litem contestatus sit, postea autem majore facto, sententia contra eum lata fuerit, is in integrum restitui non possit. ℟. Ratio est, quod illa laesio contigerit tempore majoris aetatis, nimirum illa laesio contigit per sententiam, quae lata est postquam jam inde major esset, atque ita non mirum, quod tali casu restitui non possit: ast in casu nostro laesio contigit tempore minoris aetatis, nimirum eo tempore quo minor illam hereditatem, ex qua laesus est, adiit, quo facto ei statim coepit competere jus petendae restitutionis, quod proinde ei invito auferri non potest: exceptio tamen est in casu objecto, si adversarius calliditate forte id egisset, ut sententia differatur in tempus majorennitatis.

Instant et dicunt: causam laesionis extitisse tempore minorennitatis, quia eo tempore litis contestatio facta est, quae videtur esse causa laesionis, cum eam subsecuta sit sententia: ast ℟. quod illa sententia non sit consequentia necessaria litis contestatae; potuisset enim minor factus major corri-

gere id,quod in illa lite,tempore minorennitatis, lubrico aetatis lapsus male gessisset, et sic hanc sententiam praevenire, atque adeo etiam laesionem. Etenim J. C. in illa lege non agit de casu, quo statim ac minor fuit factus major. sententia illico lata est, ita ut errorem suum, quem tempore minorennitatis commiserat, emendare ac corrigere non potuisset; nam tunc causa laesionis tempore minoris aetatis extitisset, ac proinde ei danda fuisset restitutio, tanto magis quod in illa lege dicatur, restitutionem concedendam esse, si adversarius consulto judicium in tempus majorennitatis distulerit.

Obj. Simul ac minor factus est major, debuisset videre ac examinare, an sibi restitutio competeret, et si competeret, statim eam petere, uti in casu *L.* 3 § 1 *ff. h. t.* ℟. Sed hoc falsum est; minor enim sciebat sibi a lege datum esse quadriennium continuum, intra quod restitutionem petere posset, ac proinde ei non potest imputari, quod usus fuerit tempore sibi a legibus concesso. Aliud erat in casu *d. L.* 3 § 1, quia ibi sciebat aut saltem scire debebat, quod statim posset ferri sententia, post quam latam amplius emendare ac corrigere non posset errorem a se in minore aetate commissum. Insuper ex alio capite in casu nostro minor, postea major factus, examinare non debuit, an sibi competeret restitutio, cum hoc ipso quo laesus est ex aditione, certum sit eam sibi competere toto quadriennio: ast in *d. L.* 3 § 1 ante latam sententiam nondum erat laesus, ac proinde debuit statim examinare, an ex iis quae in minore aetate gessit, sibi per sententiam aliquod damnum posset inferri, quo comperto, statim adversus ea, quae gessit, petere restitutionem, cum sciret per sententiam se damnum esse passurum, rebus in eo statu manentibus.

Obj. Per litis contestationem quasi contractus initur inter partes, quo tacite promittunt se praestituros id, in quod judex eos condemnaverit; ergo laesio in casu objecto etiam oritur ex litis contestatione, quae facta est tempore minoris aetatis. ℟. Laesio in casu objecto non oritur ex litis contestatione, sed contigit per sententiam, quod patet ex eo quod, si minor forte lubrico aetatis causam suam non satis instruxisset, jam major factus, ante sententiam id emendare potuerit, et ita evitare laesionem.

Obj. Adhuc quod sententia retrotrahatur ad tempus litis contestatae, atque adeo, lata sententia, apparet laesionem contigisse ex litis contestatione. ℟. Quod assumptum non usquequaque et omnimode verum sit, sed tantum quoad praestationes faciendas post sententiam, scilicet id tantum importat, quod, lata sententia, omnia perinde praestari debeant quoad fructus, usuras etc., ac si tempore litis contestatae sententia lata fuisset: quoad caetera autem id simpliciter verum non est, sic nec etiam verum est in nostro casu, cum ibi causa laesionis extiterit tempore majoris aetatis, nimirum per sententiam, non vero per litis contestationem.

§ XXIV.

Cessat etiam restitutio, si minor aliquid gesserit, aut contraxerit mandato majoris: ratio ejus est, quod praetor per hanc restitutionem solummodo minori, et nullo modo majori consulere voluerit; jam vero si in casu minori restitutio concederetur, non minori, sed majori consuleretur (*L.* 23 *ff. h. t.*), et quamvis hoc casu minor non restituatur, quidem suam indemnitatem a mandante consequetur, et ita minoris non interest restitui. Exceptio tamen est, si mandans sit insolvendo, quia hoc casu minoris interesset, cum jam indemnitatem suam a mandante consequi non posset, et sic cum uterque tam minor quam is, quocum minor contraxit, certet de damno vitando, magis est ut minori succurratur, cum in hoc ipso lubrico aetatis laesus sit, ubi adversario potest imputari, quod sciens cum minore contraxerit.

Obj. Si minor contraxerit cum tutoris sui auctoritate, et ex illo contractu sit laesus, quamvis suam indemnitatem a tutore consequi possit, nihilominus tamen restitui poterit, ergo a pari. ℟. Disparitas est, quod restitutio sit multo facilior ac uberior quam actio tutelae, et ita non mirum ipsi dari restitutionem in casu objecto: ast in casu nostro, si minor forte imprudenter ac male gesserit negotia mandantis, et ita ei coeperit teneri actione mandati, omni casu restitutionem adversus ipsum mandantem poterit impetrare, et ita opus non est, ut ipsi concedatur restitutio adversus eum, quocum contraxit, cum pupilli non intersit, modo a mandante suam indemnitatem consequatur, idque tanto magis, quod mandanti possit imputari, quod in illo negotio opera minoris sit usus, quem praevidere debuit negotia minus recte administraturum, sed hoc imputari nequit ei, quocum minor contraxit, cum is prudenter potuerit praesumere minorem sufficienti ingenio ac prudentia esse praeditum, utpote cujus fidem et industriam major secutus fuerat.

Obj. Praetor, minorem restituendo adversus eum, quocum contraxit, efficere potest, ne illa restitutio prosit mandanti, nimirum concedendo ei, quocum minor contraxit, actionem adversus mandantem, eodem modo uti id contingit in actione *quod metus causa*, in qua, dum praetor restitutionem concedit adversus tertium b. f. p., huic b. f. p. concedit actionem adversus suum auctorem, sed ℟. Quod in casu potius contra mandantem, quam eum, quocum minor contraxit, facienda sit restitutio, cum mandanti possit imputari, quod sciens minori res suas gerendas demandaverit, sed ratio cur restitutio ex capite metus concedatur etiam adversus b. f. p., non est, quod huic possit aliquid imputari, sed illa se tenet ex parte ejus qui metum passus est, quatenus nimirum metus inferri soleat ab ignotis et larvatis hominibus, qui proinde plerumque sunt incerti, et sic metum passo non satis consuleretur.

*

§ XXV.

An idem dicendum de filiof. minore, qui jussu patris contraxit? Praenotandum quod jure civili Romanorum, nemo per alium posset obligari, nequidem pater per filium; cum tamen eodem jure quidquid filius acquireret, acquireretur patri, et ita peter ex persona filii commodum sentiret, praetor judicavit aequum quoque esse, ut saltem pater sua voluntate ex persona filii obligaretur; unde est ut quoties filius contrahit mandato patris, non tantum filius in solidum obligatur, sed etiam pater, actione nimirum *quod jussu*: igitur in casu, si filius ex contractu mandato patris inito conveniatur, prout etiam in solidum mortuo patre potest efficaciter conveniri, poterit petere restitutionem. Cum enim ipse etiam in solidum teneatur, ipsi restitutio proderit, ut liberetur; ast propterea illa restitutio patri ejus non proderit, cum enim pater ab initio in solidum fuerit obligatus, non obstante restitutione a filio impetrata, nihilominus in solidum poterit conveniri, atque ita non est periculum, ne majori, seu in casu patri prosit restitutio. Idem erit, si agatur de filiof. minore habente peculium, qui in re peculiari contraxit; cum enim hoc casu filius in solidum, pater autem peculio tenus teneatur, haec restitutio soli filio proderit, nullo modo patri, cum is, non obstante hac restitutione, teneatur ei, quoenm minor contraxit, peculio tenus(*L.* 3 § 4 *ff. h. t.*).

Nec obstat, quod in principio *L.* 23 *ff. h. t.* J. C. patrem comparet extraneo et dicat: *minori, qui mandato patris contraxit, non competere restitutionem;* nam in illa lege agit de casu, quo filiusf. non amplius obligatus erat, et ita non amplius ejus interesset restitui, puta si mandato patris rem vendiderit et tradiderit, ac pretium receperit; hoc enim casu, cum jam filiusf. amplius obligatus non sit, nec ejus amplius intersit restitutionem sibi concedi, non mirum est eidem denegari restitutionem, alias enim non huic filiof. minori, sed patri ejus consuleretur. Non etiam in illa lege agitur de casu, quo minor rem emerat mandato patris, pretiumque ex pecunia vel rebus paternis solvisset; hoc enim casu, cum jam etiam minor sit liberatus, ejusque non intersit restitui, utpote qui nullum damnum est passurus, recte ei denegabitur restitutio. Aliud autem foret, si minor vel ex sua pecunia pretium solvisset, aut rem vel pretium nondum tradidisset; his enim casibus, cum minor damnum sentire possit, utpote qui adhuc obligatus manet, ac in solidum conveniri possit, et ita ejus omnimode intersit, recte petet restitutionem. Igitur juxta hanc legem 3 § 4 *ff. h. t.*, quae hanc in rem apprime inspicienda est, tunc tantum minor poterit petere restitutionem, si ejus intersit hanc sibi concedi: si vero ejus non intersit, sed alia actione aeque plena ac expedita, aut alio denique modo ei aeque plene ac efficaciter consultum esse possit, restitutio erit deneganda.

§ XXVI.

Cessat etiam restitutio, si minor restitutionem petierit, ac repulsam passus sit a praetore: tunc enim si deinceps in eodem negotio, ex eadem causa et ex iisdem rationibus restitutionem iterum petat adversus repulsam, semper repelletur, uti evidenter patet ex toto *tit. cod. si saepius in integrum restitutio postuletur*: sic in *L.* 1 *ibid. dicitur*, si *in eodem negotio et ex eadem causa post repulsam, denuo de novo petatur restitutio, eandem frustra peti*, addit rationem *quia appellare debuissent, si forte sententia iniqua videretur*. Sed quid, si sententia lata sit tempore minorennitatis, et intra id tempus etiam fatalia restitutionis lapsa sint? hoc casu ibidem dicitur, minoribus restituendum esse jus appellandi. Nota autem, quod non dicatur eos restituendos esse adversus sententiam, sed tantum adversus tempus lapsum, intra quod appellare potuissent; ratio est, quod in eo potuerint esse lapsi lubrico aetatis, quod scilicet ex imbecillitate sua praeterlabi passi sint illud tempus, intra quod appellare potuissent.

In *L.* 2 dicitur, quod si curatores minoris restitutionem petentes victi siut, si tamen ex novis defensionibus sive rationibus causa instrui possit, recte denuo petiatur restitutio; ergo a contrario sensu recte sequitur, quod si non ex novis, sed ex iisdem rationibus petatur, restitutio denegabitur.

In *L.* 3 dicitur, quod in una eademque causa iteratim in integrum restitutionis auxilium non jure petatur, nisi novae defensiones adferantur; cum ergo dicat, non recte iterato eam peti, supponit eam ante fuisse denegatam. Ex his itaque legibus aperte sententia nostra adstruitur, cujus ratio est, quod exceptio rei judicatae, per lapsum decennii nata, non minus detur contra minorem, quam contra majorem; quae proinde elicui plene acquisita non minus debet obstare minori, quam majori. Nec admittenda est distinctio eorum, qui dicunt, quod ideo in eesu exceptio rei judicatae minori omnimode obstare non debeat, quie judicium restitutionis est extraordinarium; etenim hoc sensu maxime judicium restitutionis dicitur extraordinarium, quatenus in hoc judicio, non tantum coram praetore fieri debeat litis contestatio, uti in aliis judiciis in quibus, ea facta, praetor litigantes remittebat ad judicem pedaneum, ut de causa cognosceret, sed in his totum negotium restitutionis ab initio usque ad sententiam coram praetore peragebatur, isque praetor de toto negotio cognoscebat; haec ergo cum ita sint, quento magis, si negant in judiciis ordinariis, quando lis peragebatur coram judice pedaneo, adversus hanc sententiam concedi restitutionem, erit deneganda, dum ipse praetor, qui sum-

Digitized by Google

mus erat magistratus, cujusque maxima erat auctoritas, de toto negotio cognovit, facilius enim restitutio admitti debuisset in judiciis ordinariis, cum judicis pedanei multo minor sit auctoritas, quam praetoris.

Ast aliquis forte dicet: ideo in judicio restitutionis adversus sententiam latam facilius concedendam restitutionem, quia in hoc judicio extraordinario ex capite minorennitatis omnia tantum summarie, et non servato communi ac solemni judiciorum ordine, peraguntur: ast R/. Quod quamvis in hoc summario restitutionis judicio omnia non peragantur servato solemni judiciorum ordine, attamen non ideo praetor minus plene cognoscebat de causis, ex quibus restitutio peteretur; et ita in casu, si ex iisdem causis jam allegatis, et de quibus praetor jam inde plene cognoverat, restitutio peteretur, non magis erat concedenda, quam in judiciis ordinariis, in quibus omnia peracta sunt servato communi judiciorum ordine; unde exinde ad summum sequitur, ut facilius in hoc judicio adversus latam sententiam debeat concedi restitutio, si ex aliis causis, quam quae jam inde fuerunt allegatae, petatur restitutio, quia in aliis judiciis lata sententia censetur judicatum de omnibus causis, quae allegari potuissent, cum in his actor omne jus suum censeatur in judicium deduxisse, omnesque causas allegasse, quibus se defendere poterat; unde si unus litigantium omnes rationes ac causas allegare neglexerit, sibi imputet, nisi forte justam haberet causam, ex qua eas allegare non potuisset.

Objicit nobis Cujacius *L.* 7 § 9 *ff. h. t.*, ast non recte; alius enim in illa lege tractatur casus cum casu nostro non confundendus. Scilicet dicitur, quod si minor adiverit hereditatem, et contra aditionem sit restitutus, eum iterum contra hanc ipsam restitutionem posse restitui, ut eam de novo adeat, et si forte postea illa sibi videatur damnosa, iterum contra iteratam aditionem restitui possit, et sic deinceps: ratio scilicet hujus est, quod minor in hoc ipso quod restitutionem petierit adversus hereditatem a se aditam, lubrico aetatis lapsus esse potuerit, puta si forte non sat examinaverit vires hereditarias. Ex quo patet magnam disparitatem intercedere inter hunc casum et casum nostrum, nempe in *L.* 7 non in eodem negotio petitur restitutio, in quo ante fuerat petita, sed in alio a priore prorsus distincto; scilicet prius fuerat petita restitutio in negotio, in quo minor adierat hereditatem; jam in secunda restitutione agitur de casu quo minor, mediante restitutione, hereditatem repudiavit, et sic deinceps, semper in diversis negotiis, quod facile minoribus conceditur, quia semper contingere potest, quod ob lubricum aetatis non viderint satis nec examinaverint commoda et incommoda hereditaria; ast in casu nostro restitutio peti supponitur in eodem negotio, idque ex iisdem causis. Insuper in casu *L.* 7 prior illa restitutio non fuit concessa contra ipsum minorem, sed in ejus favorem, qui favor in ejus odium retorqueretur, si postea dum probat se lubrico aetatis lapsum esse, quando hunc sibi favorem concedi postularet, altera restitutio non concederetur: aliud prorsus est in nostro casu, in quo sententia non fuit lata in favorem minoris, sed expresse contra ipsum.

Instant et dicunt: per priorem restitutionem impetratam contra aditionem hereditatis, hereditatem declaratam fuisse damnosam, jam autem minori per restitutionem non debet concedi, ut adeat hereditatem damnosam. Sed R/. Quod hereditas tantum fuerit declarata damnosa ex iis, quae tunc fuerunt allegata ac probata; jam autem ex iis, quae allegata sunt ad impetrandam hanc secundam restitutionem, patet id fuisse falsum, ac hereditatem revera fuisse lucrosam, et ita adversus primam restitutionem, quae concessa fuerat ex causis non sufficientibus, vel non subsistentibus, de novo concedi debebit restitutio propter rationes in secunda restitutione allegatas et probatas; cum in hoc ipso in prima restitutione minor lubrico aetatis sit lapsus.

Adversus decisionem *L.* 7 objicitur *L.* 8 § *ult. cod. de bonis quae liberis etc.*, quam utpote posteriorem aliqui priori derogasse putant, ast infeliciter; cum in ea casus specialis proponatur, in quo etiam ratio specialis militat, quae in aliis casibus non obtinet, nimirum in illa lege dicitur: quod si alicui infanti deferatur hereditas, tali casu, cum is nullam voluntatem aut intellectum habeat, atque ita hereditatem adire non possit, pater ejus nomine, absque ejus consensu, cum is supponatur infans, hereditatem adire possit; quod certo satis singulare est, et ita contra communes juris regulas receptum. Nec tamen propterea adversatur aequitati; nam filius adversus hanc aditionem a patre, suo nomine factam, postquam adoleverit et patria potestate fuerit solutus, restitutionem petere poterit, sic tamen ut etiam pater non restituatur; nam si filius hanc restitutionem impetraverit, hoc ipso pater ejus illigabitur oneribus hereditariis. Nec habet pater quod conqueratur: aut enim illa hereditas est onerosa, et tunc eum ipsi lucrum sit allatura, nullam sane potest habere conquerendi rationem: vel est damnosa, et tunc sibi imputet, quod similem hereditatem, quam intelligere debebat filio suo damnosam fore, adiverit. Si jam filius ille post restitutionem semel impetratam, adversus aditionem a patre factam iterum restitui petat, ut de novo possit adire, tunc juxta hanc legem non erit audiendus; ex quo inferunt, quod per decisionem hujus legis juri veteri sit derogatum, ast male; quia hic tractatur casus specialis, cujus decisio consequenter ad casum nostrum non debet extendi, praesertim si sit dispar ratio, prout in casu contingit. Etenim hoc casu non minor sive filius, sed pater ejus adiit; hinc est, ut cum filius non debeat facile ac leviter,

propter reverentiam patri debitam, judicium ejus sperneere aut improbare, ubi semel contra aditionem a patre factam restitutionem impetravit, atque ita ejus judicium sprevit, si postea adhuc restitutionem impetret, hoc ipso approbaret judicium patris, quod antea spreverat; ac proinde eo ipso quo hoc facit, ostendit se leviter ac nimia facilitate judicium patris improbasse, unde etiam in poenam suae levitatis ac inconsiderantiae ei recte denegabitur restitutio: haec autem ratio non militat in casu nostro, quando minor ipse aliquid gessit aut contraxit.

Nec obstat ratio generalia, quam imperator in illa lege allegat, scilicet *ne lubrico leges ei fiant saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti*; etenim haec ratio non est adaequata, nec Justinianum principaliter movit: ratio autem principalis et adaequata est illa, quam jam allegavimus, ut etiem ex verbis in eadem lege immediate subsequentibus patet, ubi dicit: *si enim quod pater fecit filius ratum non habuerit, et propter hoc restitutus est, quomodo ferendus videatur, iterum judicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernandum esse existimavit.* Notandum quod merito Justinianus accusetur, quod in legibus quas composuit, non subjecerit veram et adaequatam rationem, quae ipsum immediate ad ferendas leges movit, quodque non noverit etiam artem legislatoriam, uti eam cognoverunt veteres illi J. C., a quibus leges digestorum compositae sunt: id autem forte ideo fecit Justinianus, quia si veras allegavisset, et falsae forte postea fuissent repertae vel non sufficientes, aut lex illa nimium extenderetur, aut sublata ratione legis, quae forte non subsistebat, tolleretur et ipsa lex: unde etiam videmus, eum semper in suis costitutionibus tales allegare rationes, quae nec in totum possent improbari, neque etiam in totum concluderent, aut plene probarent ipsam legem; hinc etiam argumentum desumptum ex ratione, quam Justinianus in aliquibus suarum legum allegavit, non facile debet admitti, neque etiam ipsae leges ex rationibus in iisdem allegatis sunt extendendae, sed si de extensione aliqua facienda agatur, ea facienda est secundum vera juris principia. Haec incidenter dixisse maxime utile nobis visum est.

§ XXVII.

Quaeritur, utrum cesset restitutio, si minor ei jurate renuntiaverit; que occasione de juramento actibus apposito generatim agemus. Et quidem circa illud duae observandae sunt regulae: prima, jure civili inducta, quod nempe *juramentum sequatur naturam actus cui apponitur;* hinc si actus, cui juramentum apponitur, habeat in se aliquam conditionem, eadem quoque conditio juramento inesse intelligitur: sic si quis juret se adimpleturum sponsalia, quae cum Titia contraxit, id non impedict quominus ab eis recedere possit, si postea Titiae superveniat notabilis mutatio in bonis, fama etc; quoniam sponsalia semper in se habent conditionem, *si res in eodem statu maneant* (*Cap.* 25 *x. de jurejur.*); sic etiam si quis juraverit se soluturum creditori suo quod ei debet, eo non obstante, si postea creditor ipsi tantumdem incipiat debere, poterit ei compensationem opponere, quia natura solutionis est talis, ut is qui debet solvere defungatur opposita compensatione, utpote quae vim solutionis habere dicitur. Porro haec regula, quod juramentum sequatur naturam actus cui apponitur, ita apud veteres obtinebat, ut si actui de jure nullo adjiceretur, etiam nullum foret, ceu patet ex *L.* 5 § 1 *cod. de legibus;* unde si uxor v. g. jurejurando promiserit se non impedituram alienationem fundi dotalis, tale juramentum penitus nullum reputabatur, nec ideo prohibebatur mulier fundi dotalis alienationem impedire. Ast diversa philosophia usum fuit jus canonicum, quod secundam regulam posuit: nempe *juramentum esse servandum quoties potest, sine periculo animae jurantis, et praejudicio alterius* (*cap.* 28 *x. de jurejur.*), ubi etiam ex hoc principio deducitur, mulierem, quae alienationi rerum dotalium jurejurando consensit, hujusmodi juramentum servare debere; unde jus canonicum etiam vult, ut juramentum quidem sequatur naturam actus cui apponitur, sed cum praedicta restrictione. Adde *cap.* 2 *h. t. in* 6.

Itaque si juramentum adjiciatur actui nullo secundum jus naturale aut divinum, etiam profecto jure canonico servari non debebit, cum omnia quae in jus naturale aut divinum impingunt, vergant in praejudicium animae jurantis: idem erit, si actus aliquis ita jure humano invelidus sit, ut absolute a legibus prohibeatur, nec ullatenus a libero paciscentium arbitrio dependeat; tales enim actus ita absolute prohibentur ob utilitatem publicam, ut quidquid ei adversatur, sine periculo animae attentari non possit: hac ratione non tenebitur is servare juramentum qui, cum negotio testis adfuisset, postea juravit se non dicturum contra aliquem testimonium; leges enim ob utilitatem publicam absolute prohibent, ne quis ad testimonium non dandum se obliget.

Quod si actus tantum sit nullus jure humano in favorem agentis, ita ut ab eo dependeat eum non impugnare, hoc casu, propter regulam a canonibus positam, tenebitur jurans implere juramentum; sic mulier juratae alienationi rerum dotalium, ut supra vidimus, aut minor juratae alienationi rerum immobilium sine decreto factae contravenire nequit; sic maritus juratam donationem uxori factam revocare nequit; sic filius, qui jurejurando renuntiavit S. C. Macedoniano, aut mulier quae

renuntiavit exceptioni S. C. Vellejani, ea uti non poterit; sic denique licet jure romano non valeret pactum, quo filia, accepta dote, renuntiabat successioni paternae, servari tamen debere, si juramentum accesserit, resolvit Pontifex in *cap.* 2 *de pactis in* 6. Caeterum apprime notandum est, juramentum, etiam in his casibus, non aliam obligationem inducere, quam eam sibi propriam, nempe religionis, non vero justitiae, ita ut si negotium secundum leges nullum sit, juramentum appositum nequeat efficere, ut ex tali negotio adversus jurantem actio in foro externo detur; etenim juramentum alicui actui appositum nihil isti actui addit, nisi quod Deus assumatur in testem illius quod juratur, ne itaque Deus assumptus sit in testem mendacii, is qui juravit (saltem nisi absolutionem a juramento obtinuerit) non potest ei quod juravit contravenire, quia per hoc faceret injuriam Deo, seu peccaret contra religionem, ast non ideo peccaret contra proximum, seu contra justitiam. Unde actus jure humano in favorem alicujus invalidi, jurejurando confirmantur quidem quoad forum internum, seu quoad vinculum religionis, nullatenus vero quoad forum externum. Hinc filius, qui jurato renuntiavit exceptioni S. C. Macedoniani, aut mulier exceptioni Vellejani, valide adhuc exceptionem suam opponere poterit, et quidem licite, casu quo relaxationem a juramento obtinuerit, quod secus foret, si appositio juramenti renuntiationem pro foro externo confirmasset; hinc etiam si quis juraverit se non revocaturum testamentum, non poterit quidem in conscientia revocare: peccaret enim coram Deo, quem in testem assumpsit, ast si illud revocet, hoc juramentum nullatenus impediet quominus revocatio valeat; de essentia enim testamenti est, ut sit revocabile usque ad mortem, et hanc testamenti essentiam testator juramento suo immutare non potuit: itaque heres scriptus in secundo testamento, per quod primum revocatum fuit, vel heres ab intestato, qui ob revocationem testamenti ad hereditatem a lege vocatur, non tenebitur ob juramentum defuncti restituere hereditatem heredibus scriptis in primo testamento, quod testator se non revocaturum juraverit. Nec dicatur, quod heres debeat praestare factum defuncti, etenim hoc tantum significat, quod debeat satisfacere obligationibus ex facto defuncti ortis; ast sub eo non comprehenduntur merae obligationes religionis; quod enim in casu heres in secundo testamento scriptus restitueret hereditatem heredibus scriptis in primo, id deberet inservire ut testator a perjurio liberaretur, quod fieri non potest, cum mortuus sit et perjurus extiterit, a qua noxa anima ejus per restitutionem heredis liberari non potest.

Ex eo quod juramentum nullam per se in foro externo possit producere actionem, quae alioquin nata non fuisset, sequitur etiam, quod si quis juraverit se soluturum usuras, nihilo magis ad eas conveniri possit, cum enim usurae, jure canonico per meres nostrae regionis hac in parte recepto, illicitae sint, nulla creditori ad eas exigendas actio competere potest: verum quaeritur, an saltem is, qui se soluturum usuras juravit, in conscientia teneatur juramentum implere? Et dicendum teneri, juxta *cap.* 6 ;; *de jurejur.*, ubi Alexander III dicit: *tales cogendos esse Domino reddere juramentum*: per quae sane non intelligit cogi posse per creditorem in judicio, sed cogi posse auctoritate ex officio judicis ad evitandum peccatum perjurii; unde secus esset, si relaxationem a juramento obtinuisset, ut obtinere in hoc casu posse constat ex *cap.* 1. ;; *de jurejur*; tunc enim solutum esset vinculum religionis, quo solo jurans tenebatur. Porro ideo judicis officio promissor hic cogendus est juramentum implere, quia id potest fieri sine praejudicio tertii, et detrimento animae jurantis; licet enim illicitum sit exigere usuras, tamen illicitum non est ad eas se obligare, cum debitores hoc non faciant, ut invitent creditores ad delinquendum, sed ex necessitate, utpote qui multo libentius ad eas se non obligarent. Cum igitur in casu juramentum sit implendum, sequitur ulterius, quod promissor usuras solutas non possit repetere, forte quasi indebite vel sine causa solutas; per hoc enim rursus contraveniret juramento suo, cum is qui jurat se soluturum, debeat intelligi jurare se efficaciter soluturum, adeoque se non repetiturum, si tamen is, qui usuras accepit eas solventi restituat, prout debet, cum usurae vetitae sint, poterit solvens eas recipere, quia per hoc, ut claret, juramento non contravenit, imo judex ecclesiasticus ex officio cogere debebit creditorem, ut usuras sic illicite acceptas restituat: et hoc est quod vult pontifex in *fine dicti cap.* 6, dum ait *et cum usurae solutae fuerint* etc.

Contra id quod hactenus dictum est, appositionem juramenti efficere non posse, ut dum negotium secundum leges est ipso jure nullum, ex illo negotio adversus jurantem actio detur, objici solet *L* 1 *cod. si adversus venditionem*, et huic subjecta *auth. Sacramenta puberum*: ℟. Nonnulli dicunt, ibi non agi de contractibus nullis, sed validis ipso jure, et ope restitutionis in integrum rescindendis, idque patere ex eo quod authentica dicat *super contractibus non retractandis*; unde id tantum eo pertinere dicunt, ut excludatur restitutio in integrum, nisi prius obtenta fuerit per minorem relaxatio a juramento. Alii, licet admittant authenticam etiam de contractibus nullis esse accipiendam, tamen dicunt, ibi non velle Imperatorem Fridericum, quod ex tali contractu nullo adversus minorem propter juramentum competat actio, sed tantum quod si res fuerit, v. g. alteri per minorem tradita, ita ut alter sit in possessione, minor rem vindicare, et sic juramento contravenire volens, repelli possit, nisi prius a juramento fuerit abso-

Digitized by Google

lutus: caeterum exinde non sequitur adversus minorem, qui necdum tradidisset, ex tali contractu nullo dandam esse actionem propter juramentum appositum.

Instabis: sed vinculum, quod solum juramento inesse dicitis, efficere per se non potest ut excludatur restitutio in integrum, quae alias competiisset, aut ut minor rem vindicare nequeat, quam alias vindicare potuisset. ℟. Fatemur etiam quod ita non esset, nisi ob expressam legum allegatarum dispositionem: unde semper verum manet juramentum per se non inducere vinculum justitiae, adeoque ex negotio cui appositum est non esse dandam actionem, quae alias data non fuisset, cum id nec ex natura rei, nec ex ipsis quidem legibus allegatis fluat, quae nec ad istum casum extendi debent, cum difficilius alicui concedatur actio, quam ipsi permittatur retentio. Interim testante Voetio ad Pandectas *tit. de minoribus N.* 48, item Vinnio *select. quaest. lib.* 1 *cap.* 15, dispositio authenticae *Sacramenta puberum*, communi omnium fere consensu gentium hodie abolevit, et non obstante juramento potest minor in foro externo petere restitutionem, aut vindicare suam rem, quod magis magisque confirmat opinionem nostram: caeterum, etiamsi alicubi haec authentica obtineat, tamen obtenta a juramento relaxatione, minor restitui, aut rem vindicare poterit.

§ XXVIII.

Cessat adhuc restitutio, si minor sit laesus ex arte aliqua, quam publice profitetur, vel etiam ex negotiatione, quod certo mirum videri posset, ideo tamen ita obtinet, quia is, qui aliquam artem exercet, recte prospicere debet, an sufficienter peritus sit, quinimo eo ipso quo artem aliquam exercet, promittere censetur de sua industria ac peritia, eodem modo, ut mulier quae, si fidejusserit in re aliqua negotiationem suam spectante, exceptione Vellejani juvari nequit: sed quaeritur an minor in jure licentiatus, aut doctor in jure restitutione gaudeat? et si in jure, quod profitetur ex ignorantia forte laesus sit non restituetur, secus vero si in facto aliquo laedatur, cum facta doctissimos fallant: praeterea aliquando compertum fuit, viros de caetero doctissimos ita ingenii dotes ad studium traduxisse, ut pro caeteris rebus omne illius ingenii acumen amisisse viderentur.

§ XXIX.

Tandem cessat restitutio, si tempore minoris aetatis elapsum sit tempus intra quod agere debuisset minor, v. g. si pro querela elapsum sit quinquennium, vel si adversus eum completa sit praescriptio 10 vel 20 annorum (*L. ult. cod. quib. caus. in integ. rest. neces. non est*): ratio est, quod illud tempus tempore minorennitatis contra ipsos non currat, uti ibidem dicit imperator: *melius est*, ait. *jura intacta servare, quam post causam vulneratam*. Usucapionis tamen seu praescriptionis positivae 10 vel 20 annorum tempus adversus minores currit, saltem si adversus eorum parentes jam fuerit coepta, quo referri potest *L.* 13 *cod. quib. non obj. long. temp. praescr.*, unde patet, in hoc puncto desumi non posse argumentum a praescriptione ad usucapionem: cur autem major vis usucapioni tributa sit, quam praescriptioni; ex natura earum venit, nempe ut quis praescribat, sufficit quod alter non agat, ex parte sua enim nil agere aut facere debet; ast ut quis usucapiat, multa requiruntur, nimirum possessio, justus titulus etc.; non mirum itaque usucapionem majoris esse efficaciae, quam praescriptionem, et earum consideratione etiam contigit, ut usucapio non magis odiosa sit quam praescriptio 30 vel 40 annorum, quam contra minores currere constat ex *L. ult. cod. in quib. caus. in integ. rest. neces. non est*, item *L.* 3 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*, imo etiam quam praescriptio immemorabilis. Praescriptio tamen longissimi temporis, uti et usucapio non currit contra pupillos (*L.* 3 *cod. de praescrip.* 30 *vel* 40 *annorum*): itaque si tempore minoris aetatis res minoris sit usucapta, debebit peti in integrum restitutio, ut patet ex *titulo speciali cod. si temp. min. aetatis res minor. sit usuc.*, uti et ea peti debebit adversus praescriptionem 30 vel 40 annorum, quae, ut diximus, etiam adversus minores currit.

Contrarium tenet Huberus, qui in essu deneganddam putat restitutionem, idque argumento *L.* 3 *cod. de praescrip.* 30 *vel* 40 *annor.*: qua id immutatum putat, ast infeliciter, nam tunc major foret differentia inter minores et pupillos, ubi tamen nulla in toto jure quoad hanc materiam differentia constituta reperitur.

TITULUS V.

DE CAPITE MINUTIS.

Cum Juris Romani subtilitate, capite minuti novae personae intelligerentur, adeo ut obligationes ante capitis diminutionem contractae peremptae viderentur, tam respectu capite minutorum, quam respectu eorum quibuscum contraxerant, Praetor, cui hoc durum visum est, edixit, se daturum actionem capite minutis et contra eos, ita ut perinde haberentur, ac si capitis diminutio non contigisset. Per hanc actionem intellige civilem; nam obligatio naturalis, non obstante capitis diminutione, perdurabat, ea enim quae jure naturali nituntur, juris subtilitate tolli non possunt. Sed et animadvertendum est edictum hoc praetoris tantum pertinere ad minimas capitis diminutiones, non ad maxi-

mam et mediam, quia adversus eos, qui vel libertatem vel civitatem amiserant, nulla actio dari poterat, sed tantum adversus eos, ad quos bona illorum pervenerant. Neque edictum pertinebat ad delicta, quae semel admissa, tolli non posse per minimam capitis diminutionem, publice interesse constat.

TITULUS VI.

EX QUIBUS CAUSIS MAJORES VIGINTI QUINQUE ANNIS IN INTEGRUM RESTITUUNTUR.

§ I.

Actum fuit *tit.* 4 *huj. lib.* de causis, ex quibus minores possunt restitui: in hoc autem agitur de causis, ob quas etiam majores restitui possunt; non tamen hic generaliter agitur de omnibus causis, ob quas majores restitui possunt, sed tantum de causis absentiae, nam alias metus, dolus, justus error sunt etiam justae causae, ex quibus majores restitui possunt, de quibus suo loco diximus.

§ II.

Ex causa autem absentiae dupliciter majores restitui possunt, prout exprimitur in edicto praetoris contento in *L.* 1 § 1 *ff. h. t.* Et quidem absentes restituuntur, si quid forte ob suam absentiam amiserint, puta si interim res illorum usucaptae sint, vel adversus eos completa sit praescriptio, et vice versa. Restituuntur vero praesentes contra aliorum absentiam, si forte actionem quam habebant amiserint, ex eo quod eam intentare non potuerint, cum absens non defenderetur, isque procuratorem non reliquisset, et ita interea ex hac causa huic actioni sit praescriptum. Igitur videamus quomodo absentes restituantur, si forte ex sua absentia damnum senserint: et primo requiritur, ut justam habuerint absentiae causam, sive ut ex justa causa abfuerint: justa autem absentiae causa videbitur esse, si sit absentia necessaria et probabilis, qualis est absentia rei publicae causa; item si quis legationis causa Romam missus, vel etiam si testimonii dicendi causa fuerit evocatus, vel ab hostibus captus sit, nisi ad eosdem transfugisset (*L.* 14. *ff.*, *L.* 26 §. *ult. ff. h. t.*): admodum autem late hanc absentiam accepit praetor, modo justa aut necessaria sit, ideo etiam clausulam generalem huic edicto subjecit, quam ideo etiam J. C. latissime extenderunt; hinc etiam succurritur ei, qui in vinculis detinetur, aut captus est a latronibus, vel tempestate impediebatur (*L.* 9, *L.* 28 §. 1 *ff. h. t.*).

§. III.

Quaeritur autem an absens studiorum causa restitui possit? Affirm. *L.* 28 *ff. h. t.*; ratio est, quod juxta *L.* 7 *ff. h. t.* milites armati ex hac causa restitui possint, jam autem non minus milites togati, quam armati reipublicae prosunt. Sed quid si commercii causa quis absit, an poterit restitui? Neg.; nec obstat quod commercium reipublicae sit necessarium, nam quamvis hoc verum sit, tamen commercium non principaliter instituitur in utilitatem publicam, sed principaliter in commodum privatum; ast finis principalis eorum, qui se studiis impendunt, est aut saltem deberet esse reipublicae utilitas; nec obest, quod etiam multi se studiis impendant in suum privatum commodum, quia equidem, eo non obstante, finis principalis eorum est aut debet esse utilitas publica.

§. IV.

Hic videri possunt *L.* 4, et 5 *ff. h. t.*, in quibus examinatur, quamdiu reipublicae causa absentes abesse videantur, ut si quis v. g. finitis reipublicae negotiis, diutius absit sui commodi, vel recreationis causa, aut in itinere alio divertat, item quantum temporis indulgeatur absentibus post reversionem, ut adhuc abesse videantur, quo spectat *L.* 15 §. *ult.*, et *L.* 16 *ff. h. t.* Itaque si quis ex causa necessaria vel probabili reipublicae causa abfuerit, restitui poterit, si propter absentiam aliquid amiserit, et procuratorem non reliquerit, cum vel tempus constituendi procuratorem non habuerit, vel praevidere non potuerit se tamdiu abfuturum. Ast si talis fuerit causa, in qua praevidere potuit procuratorem fore necessarium, puta si sciret aut praevideret fieri posse, ut diutius cogeretur abesse, v. g. si quis ad certum tempus sit relegatus, nec tamen procuratorem constituerit, et ideo sit laesus, recte ei denegabitur restitutio; hoc enim casu non tam propter absentiam, quam propter suam negligentiam laesus videtur, quia cum posset procuratorem constituere, neglexit (*L.* 26 §. 1. *ff. h. t.*), ubi dicitur, relegato nequidem esse succurrendum ex clausula generali, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur*, quia dicit, *procuratorem relinquere potuit*, postea tamen aliquam limitationem adjicit, ait nimirum *ex causa*

tamen ei succurrendum puto: quibus verbis hoc vult J.C., quod quando tamen justa ex causa procuratorem nón constituit, restitui possit, puta si statim ipso momento latae sententiae jussus sit ex provincia discedere, ita ut tempus non habuerit procuratorem constituendi. Sed quare hoc, cum ipsi possit imputari delictum, propter quod abesse cogitur? Ratio est, quod tantum ante deliquerit, sed in absentia, seu in eo quod abfuerit, non deliquit, parere enim judici necesse habuit; et ita ei non succurritur propter delictum, sed propter justam absentiae causam: hic recte applicatur quod dicitur in *L.* 16 *ff. h. t.* Quid jam si absens procuratorem reliquerit, an etiam si laesus sit, concedenda erit restitutio? In hac quaestione per varias distinctiones procedemus: et primo, si absens sit laesus, sed nulla culpa procuratoris intervenerit, cum jam cesset actio mandati, restituetur, uti etiam si culpa procuratoris laesus sit, sed ab eo indemnitatem suam, propter ejus insolventiam, consequi non possit; ast si in illo casu procurator sit solvendo, plerique absenti restitutionem denegant, ast infundate; nos autem dicimus, absentem restitui posse, si praesens illud damnum vitasset. Hanc sententiam sat clare probat *L.* 26 §. 9 *ff. h. t.* in verbis, *et saepissime constitutum est, cum adjuvari debere, sive habuerit procuratorem sive non:* jam autem haec verba nimis generalia sunt, quam ut prior illa distinctio admitti possit; cum enim in rescripto princeps respondere soleat ad casum sibi propositum, recte dici posset, casus qui tunc principi fuerant propositi, et in quibus ipse rescripsit, fuisse tales, in quibus etiam secundum adversarios restitutio conceditur, puta quod absens laesus esset sine culpa procuratoris, vel quidem cum ejus culpa, sed esset solvendo: ast J. C. ait *constitutum est*, quae verba hanc interpretationem non patiuntur, cum constitutiones fieri non soleant ad casum propositum, sed edi motu proprio principis. Idem probat argumentum desumptum ex *L.* 1 §. 1 *ff. h. t.*, in qua Ulpianus proponens edictum praetoris, in prima parte illius, sive in casu quem tractamus, nullam omnino mentionem facit procuratoris, ast in secunda parte expresse de eo mentionem facit; ait enim *actione ve qua solutus ob id quod absens non defenderetur*, et paulo post, *aut cum eum invitum in jus vocari non liceret, neque defenderetur*; ergo signum est, quod in priori parte edicti distinguendum non sit, an absens procuratorem reliquerit, necne. Probatur etiam a ratione: quotiescumque locus est restitutioni, semper est in electione ejus, cui competit restitutio, si alia actio ordinaria cum eadem concurrat, qua uti velit, modo remedium restitutionis sit vel utilius, vel facilius, vel expeditius; jam autem in casu, remedium restitutionis certo est utilius ac expeditius, quam actio mandati; judicium enim restitutionis tantum summarie, non observato solemni ordine, peragitur, ita ut lis desuper diu durare non soleat; ast lis mota, per actionem mandati diu potest durare, et incertus est hujusmodi litis eventus; etenim procurator conventus semper negaret damnum sua culpa contigisse, adeoque alter hoc probare deberet; ast in judicio restitutionis sufficit probare se quomodocunque propter absentiam esse laesum, quod certo difficile non est. Hac etiam ratione dicimus, quod si procurator qui solvendo esset, aperte fateretur damnum sua culpa contigisse, restitutioni locum non fore, quia hoc casu actio ordinaria aeque plena et expedita foret ac ipsa restitutio. Ratio autem, quae plerosque interpretes in contrarium movit, est in *L.* 39 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *is, qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens, non audietur*: quibus verbis satis aperte ipsis declarari videbatur, quod si absens procuratorem reliquisset, restitutio denegaretur; hinc eum etiam ex *d. L.* 26 §. 9 constaret eum quandoque restitui, quamvis procuratorem reliquisset, ideo illam distinctionem excogitaverunt; ast perperam, dicimusque in *d. L.* 39 agi non de casu, quo absens contra praesentem restituitur, sed de casu quo praesens restituitur contra absentem, ita ut sensus ejus legis non sit is quem affingunt illi interpretes, sed hic: scilicet, is qui reipublicae causa abfuturus erat, si procuratorem reliquit, per quem defendi potuit, praesens in integrum restitui volens, adversus hunc absentem non audietur: haec quidem explicatio aliquo modo dura videtur, nec sane etiam esset admittenda, nisi insuper aliud nobis suffragaretur in illa lege: scilicet J. C. in illa lege dicit, *per quem defendi potuit*: haec autem verba satis clare demonstrant, hic agi de restitutione praesentis contra absentem, nam dum absens restituitur contra praesentem, is fere ex alia causa restitui nequit, quam si praesens rem absentis usuceperit, vel praescripserit contra absentem. Jam autem his casibus non erant termini habiles, ut procurator absentem defenderet, is enim hoc casu debebat illam usucapionem vel praescriptionem interrumpere, quod certo facere non poterat, nisi illam rem vindicando, vel actionem intentando; id autem faciens procurator non recte diceretur absentem defendere, sed dici deberet eum agere pro absente. Aliud est in restitutione praesentis contra absentem; ea enim plerumque conceditur ex eo, quod praesens altero absente actionem amiserit, vel rem suam, aut jus aliud vindicare non potuerit, ex eo quod alter absens esset, nec procuratorem reliquisset, adversus quem praesens agere posset, et qui, si convenisset absentem, defendere potuisset et debuisset: hoc jam casu recte ac proprie diceretur procuratorem defendere absentem; ex quibus jam patet, hic agi de restitutione praesentis contra absentem.

Digitized by Google

§. V.

Quid dicendum, si procurator aliquem contractum iniverit nomine absentis, ex quo absens laesus est, propter negligentiam vel imperitiam vel culpam procuratoris? Hoc casu sane putamus, non nisi admodum difficulter absentem fore restituendum, si a procuratore suum consequi possit, eodem modo ut de minore diximus; ratio est, quod absens nihil gessit aut egit eum isto tertio, sed tantum ejus procurator; sola ergo imperitia aut ignorantia procuratoris hic est causa laesionis, unde aequius est, ut procurator damnum resarciat, quam tertius ille, idque multo magis in casu absentiae debet obtinere, quam in casu minorennitatis: si quidem absens, utpote perfectae aetatis ac prudentiae, sibi debeat imputare, quod procuratorem tam negligentem ac imprudentem constituerit: ubi minori id imputari non potest, si quidem propter lubricum aetatis dignoscere non potuit, an procurator, quem constituebat, esset satis prudens ac diligens paterf.; hic tamen non omnino erit tollendum arbitrium judicis, quasi scilicet nunquam posset concedere restitutionem. Quid enim, si is qui statim in utilitatem reipublicae discedere jussus sit, ita ut ipsi non licuerit plene explorare et quaerere talem procuratorem, quem certo sciret esse diligentem ac prudentem patremf., hoc casu sane praetor recte restitutionem concederet. Itaque generaliter nota, in restitutionibus nunquam cessare arbitrium judicis, cum pro variis ac diversis circumstantiis, pro diverso statu ipsius rei, possit quandoque subesse restitutionis causa, et quandoque non subesse, ita ut id absolute ac generaliter determinari non possit.

Non obstat *L. ult. ff. de in integr. rest.*, in qua dicitur: *inter minores viginti quinque annis et eos qui reipublicae causa absunt, hoc interest, quod minores etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra rempublicam restituuntur, cognita scilicet causa, ei vero qui reipublicae causa absit, caeteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sint, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.* Pro intellectu hujus legis notandum, quod loco *contra rempublicam*, legendum sit *contra rem judicatam*, et hoc contextus legis postulare videtur; etenim dicta lex est Marci (*lib. 2 de appellat.*), quod satis demonstrat J. C. hic agere de sententia, quomodo scilicet et quando transeat in rem judicatam; alias sensus illius legis admodum foret ineptus. Scilicet in illa lege J. C. opponit minores absentibus reipublicae causa; jam autem quae in ea foret oppositio, si J. C. diceret minores restitui posse *contra rempublicam*, licet defensi sint; absentes vero defensi tantum in hoc restitui possunt, ut appellare possint, quamvis sententia transiverit in rem judicatam. Jam ad solutionem, dicimus ex illa lege nihil aliud sequi aut probari posse, quam minores plenius restitui posse et debere, quam majores absentes, ipsisque plenius consuli, ita quidem ut si uterque et major et minor defensus sit, minor non tantum in hoc restitui possit contra rem judicatam, ut appellare liceat, quamvis tempus appellationis sit praeterlapsum; sed et etiam in eo, quod per restitutionem directe agere possit ad ipsam sententiam evertendam, ubi major tantum in hoc restitui possit, ut, rata manente sententia, appellatio permittatur. Ex quo patet, per hanc legem sententiam nostram potius confirmari, eum equidem absenti, quamvis per procuratorem defenso, concedat restitutionem, ut ea mediante possit appellare; fatendum tamen quod ubi absens procuratorem reliquit, difficilius sit restituendus, eum jam ei imputari possit, quod minus diligentem ac prudentem procuratorem constituerit.

Quod diximus, absentem, licet procuratorem reliquerit, a quo suum consequi potest, restitui posse, ita intelligendum est, si absens ideo praecise fuerit laesus, quod absens fuerit; nam si ideo quod absens fuerit, laesus non sit, sed quamvis praesens fuisset, aeque laesus esset, ei denegabitur restitutio, sive procuratorem reliquerit, sive non; v. g. si tempore ejus absentiae usucaptus est fundus in cujus possessione absens, cum discederet, alterum existere ignoraret, cessabit hoc casu restitutio, quia jam non tam propter absentiam, quam propter ignorantiam laesus est (*L. 44 ff. h. t.*).

§. VI.

Vidimus quod absens restitui possit, si propter absentiam damnum aliquod senserit, sed et insuper restitui poterit, si propter absentiam aliquod lucrum omiserit, quod alias, si praesens fuisset, certo facturus esset, ut probat *L.* 18., juncta *L.* 27. *ff. h. t.*, quae ad se invicem debent referri, ac una per alteram explicari; utraque enim est Pauli ex *lib. 12 ad edict.*, ita ut verosimiliter junctae fuerint. In *L.* 27 dicitur generaliter, *et sive quid amiserit vel lucratus non sit restitutio facienda est, etsi non ex bonis quid amissum sit:* itaque generaliter dicit, absentem etiam in lucro esse restituendum: quod ita generaliter prolatum limitari debet per *L.* 18, in qua dicitur, *restitutionis remedium majoribus in illis casibus dari, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur, non eum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant:* sive dicit, illis tantum casibus majores in lucro restitui, quando id lucrum facere potuissent sine alterius damno vel jactura, et quidem tale exemplum, quo quis lucrum petit ex poena alterius, habetur in *L. 37 ff. de minor.*, si v. g. actionem injuriarum

amiserit, et hanc actionem per restitutionem vellet recuperare.

§. VII.

Ad casum, quo absens lucrum petit cum damno vel jactura alterius, spectat casus *L.* 19, *et* 20 *ff. h. t.*, in quibus dicitur, quod si emptor, qui bona fide fundum emerat, ab hostibus captus sit antequam illum fundum usucepisset, et dominus eum recuperaverit, si postea abhostibus revertatur, possessio jure postliminii non restituatur. Ratio ejus est, quod statim atque emptor ab hostibus captus esset, et ita servus eorum effectus, hoc ipso amiserit possessionem, quia servus nihil acquirere aut possidere potest, atque adeo etiam fuit interrupta usucapio, siquidem illa requirat continuam possessionem. Sed an non obstat, quod si in casu emptor ab hostibus captus non fuisset, sed ante completam usucapionem mortuus esset, tunc ejus hereditas per aliquod tempus jacuisset, antequam adita fuisset, non tamen interrumperetur nec possessio nec usucapio, et tamen etiam hoc casu, intermedio illo tempore, nullus existit, qui rem illam possideat; et quamvis hereditas jacens repraesentet defunctum, attamen cum tantum repraesentat, quoad ea quae juris sunt, nullo modo autem in iis quae sunt facti, qualis est possessio; etenim hereditas, utpote res inanimata ac mente carens, nihil facere aut agere potest? Minime; quia hoc in casu receptum est contra communes juris regulas, ac proinde ad alios casus non est extendendum (*L.* 40, *L.* 44 § 3 *ff. de usucap.*).

Nec etiam obstat quod sibi in eadem lege objicit J. C., scilicet quod reversus ab hostibus gaudeat jure postliminii, quia, ut ait, *postliminium tantum jura, sive ea quae juris sunt, restituit*; etenim lex quidem jura, non vero possessionem restituere potest, cum haec non dependeat ab ejus arbitrio aut voluntate, nam efficere nequit, ut factum quod semel positum est, non fuerit positum, cum id quod semel factum est, infectum fieri nequeat: ast lex potest restituere jura, cum ea ab ejus arbitrio ac dispositione dependeant; hinc ergo cum possessio sit facti, per postliminium restitui non poterit, atque adeo hoc ipso etiam interrumpetur et interrupta manebit usucapio, cum ad eam requiratur continua possessio.

Non obstat quod J. C. in *L.* 49 § 1 *ff. de acq. vel amitt. poss.* dicat, *quia possessio non tantum corporis, sed et juris est*, atque adeo eatenus saltem restitui posse videatur; etenim, eo non obstante, equidem verum est, quod ipsa substantia possessionis in facto sit; possessio enim definitur, detentio rei cum animo sibi habendi, jam autem tum ipsa detentio, tum etiam animus ille in facto consistunt, ut nimirum actualiter rem detineat ac animum possidendi insuper habeat. Quod autem dicitur possessionem plurimum juris habere, hoc non debet intelligi de substantia possessionis, sed hoc sensu intelligendum est, quod huic possessioni, quae in facto consistit, plurimi effectus a legibus sint additi, ut cernere est in omnibus illis interdictis, quae prodita sunt ad tuendam possessionem. Haec autem prodita sunt, ne quis utatur via facti facto-ve suo sibi jus dicat, sed procedat via juris et secundum modos de jure statutos, sibique jus fieri a judice petat, alias enim, si via facti permitteretur, summa confusio oriretur in republica.

Sed quaeritur an saltem hoc casu emptori reverso, non debeat praetor per restitutionem concedere actionem aliquam utilem, qua possessionem ejus rei, aut rem ipsam recuperet, puta publicianam, aut utilem aliquam reivindicationem? Id negat J. C. in *L.* 20 *ff. h. t.*, contrarium tamen prima fronte dicendum apparebat, quia nimirum aequum apparebat, ut absens reipublicae causa, postea reversus, recuperet ea quae propter absentiam amiserat; sed re penitius inspecta, justius erat contrarium decidere, nempe iniquissimum fuisset auferre domino quod usus seu usucapio non abstulit; *neque enim*, ait J. C., *intelligitur amissum quod ablatum non est*: scilicet nemo, qui dominus est alicujus rei, ea privari aut carere debet sine facto suo aut voluntate, nisi id vel exigat utilitas publica, vel extiterit modus aliquis, qui de jure constitutus est ad dominium auferendum vel transferendum, qualis est usucapio: dicimus autem quod in casu talis modus non intervenerit, talis autem si intervenisset, deberet esse usucapio, quae non intervenit, siquidem possessio fuit interrupta hoc ipso quo ab hostibus captus fuit: sed nec etiam utilitas publica exigebat, ut dominium in casu transferretur, quia usucapio et praescriptio sunt remedia dura et aspera, quin imo Justinianus ea quandoque appellavit *impia remedia*, utpote privantia aliquem re sua sine suo facto et voluntate; unde haec remedia, ab ipsis legibus quasi invitis, utilitas publica extorsit; hinc etiam concedenda non sunt, extendenda vel juvanda, nisi adsint omnia requisita, unde cum hic omnia requisita non adsint, utpote cum desit possessio, usucapio procedere nequit.

Ne quis dicat utilitatem publicam id saltem eatenus exigere, ut sic homines incitentur ad militiam suscipiendam; etenim militiam ab aliis susceptam non privatus, sed respublica remunerare tenetur, quia miles militiam non suscepit in utilitatem illius solius, qui dominus est illius fundi, sed in utilitatem omnium civium ac totius reipublicae; hinc sane iniquum foret repugnaretque aequitati onerum, quae inter cives aequaliter distribui debent, si ille solus militem remunerare deberet.

Non obstat, quod absens reipublicae causa, ob absentiam suam in damno haerere non possit; quia in casu absens non certat de damno vitando, sive ob absentiam nullum damnum patitur, sed tantum non facit lucrum, sive lucrum facere omisit; etenim

in usucapione possidenti nullum jus est acquisitum, antequam totum tempus usucapioni praestitutum sit elapsum,ita ut ante nudam spem habeat fore ut dominium aliquando acquirat; cum ergo ante nullum jus in illa re haberet, etiam illi per restitutionem nullum jus tribui debet cum injuria ipsius domini; merito enim tunc dominus conqueri posset, quod dominium sibi invito auferatur, nulla justa causa interveniente. Hinc aliud foret, si usucapio completa fuisset; tunc enim justa causa intervenisset, nimirum tunc interveniret modus legitimus transferendi dominium, de jure civili ob utilitatem publicam introductus.

Non obstat quod, quamvis quidem ante completam usucapionem nullum jus in illa re haberet, habuerit tamen possessionem, quam propter absentiam amisit, quem proinde ei restituere justum est; nam Ꝟ. Quod hoc verum sit, si illa restitutio ei aliquo modo prodesse posset; sed cum jam a parte rei sit interrupta possessio, quamvis illa sibi restitueretur,equidem deberet de novo incipere usucapionem, et quamvis restitutio efficeret, ut non videretur interrupta, equidem semper post factam restitutionem deberet aliquo tempore possidere, ut usucapio prius coepta, sed nondum perfecta, compleretur, et inde cum res illa penes dominum jam existat, statim atque absenti restituisset possessionem, eam illico vindicaret,et ita impediret usucapionem atque adeo illa restitutio possessionis semper foret inutilis.

Non obstat quod nemo debeat lucrum facere ob alterius absentiam reipublicae causa; etenim in casu dominus nullum lucrum facit, sed tantum evitat damnum, quod alias fecisset per usucapionem ex parte alterius faciendam, si non abfuisset; hinc, cum alteri ante usucapionem completam nullum jus fuerit acquisitum, non debet etiam domino auferri dominium cum ejus jactura.

Obstant *L.* 41,et 43 *ff. h. t.*, in quibus dicitur: quod, si alicui legatum sit in annos singulos, quoad in Italia esset, et postea reipublicae causa abfuerit, et ita pro annis quibus abfuit legatum amiserit, is restitui debeat: atqui tamen ibidem certo etiam lucrum facere intendit, cum nullum jus in illis legatis habuerit eo tempore quo abfuit, utpote deficiente conditione, sub qua erant relicta, ergo etiam in casu,quamvis absens ante usucapionem completam, nullum jus in illa re habuerit,sed tantum spem fore ut dominium aliquando acquirat, equidem restitui poterit.Ast disparitas est,quod in casu objecto legatarius id lucrum faceret sine ullius damno aut injuria, si enim alicui injuria fieret, deberet esse heredi;ast id dici non potest,siquidem ei nullum jus competeret ad legatum, cum legatum testator soli absenti reliquerit:jam autem quoties absens per restitutionem tale lucrum petit, quod faceret sine injuria aut damno alterius,quodque, nisi abfuisset, facturus fuisset, potest restitui: ast in casu nostro absens lucrum petit cum injuria et damno ipsius domini, quod ei concedi iniquum foret, utpote nulla justa causa interveniente.

Tandem nec obstat *L.* 23 § 2 *ff. h. t.* in qua dicitur,ei,*qui per captivitatem fundi possessionem vel ususfructus quasipossessionem,amisit,succurrendum esse*: dicimus enim in illa lege agi de re propria absentis vel usufructu absenti acquisito, aut saltem de re tali,cujus absens possessionem habet, et quae jam possidetur non a vero domino, sed ab aliquo tertio, qui ejusdem dominus non est, ut patet ex eo,quod Ulpianus in illa lege referat sententiam Papiniani, qui nostram sententiam in d. *L.* 20 tenuit: jam autem non est credibile talem J.C., qualis erat Papinianus, qui merito J. C. princeps appellatur,sibi ipsi contradixisse,quae cum ita esse videantur, nil obstabat, quominus absens contra illum tertium restitueretur. Verum quidem est quod, si in casu illius legis res illa a non domino occuparetur, absens non indigeret restitutione,siquidem eam vindicare potuisset; ast non praecise diximus hic agi de re propria absentis, siquidem, ut diximus,potuit contingere ut de tali re ageretur,cujus tantum possessionem haberet, sed esto quod agatur de re propria absentis, equidem adhuc restitui poterit,licet habeat reivindicationem,quia, ut ante diximus, restitutionis remedium concurrit cum aliis actionibus ordinariis, quoties *utilius*, *facilius*,vel *expeditius* est, ita ut tunc sit in arbitrio actoris qua actione uti velit, facile autem potuit contingere, ut remedium restitutionis *utilius* sit in casu, propter fructus, qui in eo, non vero in reivindicatione veniunt restituendi, si agatur de b. f. p., *facilius*, quia dominium difficulter probatur, *expeditius*, quia summarium est judicium restitutionis, rei vindicationis vero ordinarium.

§ VIII.

Absolvimus primam partem hujus tituli, nimirum de restitutione concessa juxta leges Romanas absenti contra praesentem, verum, cum ex perversa interpretatione verborum praetoris, *si qua alia mihi justa causa videbitur*, quam ad causas absentiae tantum spectare monuimus, receptum sit in omnibus fere tribunalibus, eam spectare ad omnes causas, in quibus aequitas restitutionem postulat, effectum est ut novae et novae restitutionum causae, contra juris rationem, in forum prodirent: de eo tamen quaestio est, an ob causam ignorantiae quantumvis justissimae, restitutio concedenda sit contra usucapionem vel praescriptionem completam? Et nobis magis placet negativa, quae probatur per *L. ult. cod. de praescript. long. temp.*, *L.*3 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*, *L. unic. cod. de usucap. transform.*, in quibus dicitur, usucapionem et praescriptionem etiam currere contra ignorantes, et quidem in *d. l. ult.* dicitur, *nulla scientia vel ignorantia expectanda*, addita hac

ratione, *ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.*

Nec dicat quis, Justinianum in illa lege non agere de restitutione contra praescriptionem vel usucapionem, sed tantum dicere, tempora praescriptionis et usucapionis currere, non obstante ignorantia, quod non impedit restitutionem, imo restitutio supponit perfectum cursum usucapionis; nam quamvis haec ita sint, ratio tamen quae movit Justinianum, ut decideret tempora praescriptionis et usucapionis adversus ignorantes currere, scilicet *ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio*, etiam militat, ut denegetur restitutio ex capite ignorantiae, nam an ignorantia intervenerit nec ne, disquisitionis esset certo inextricabilis. Non minus sententia nostra probatur ex ratione juris; etenim usucapio propter utilitatem publicam est introducta. ut per eam scilicet praescindantur lites, dominiaque rerum certa fiant: jam autem valde exiguus esset usucapionis usus et effectus, si ob ignorantiam adversus eam indulgeretur in integrum restitutio; quis enim, nisi admodum stolidus, sciens rem suam ab alio possideri, taceret et permitteret eam usucapi. Praeterea facile quisque diceret, se ignorasse rem suam ab alio possideri. forte quod instrumenta sua amisisset, aut varia alia figmenta adducendo, et ita eluderetur usucapionis saluberrimus effectus.

Non obstat quod restitutio concedatur ob justum errorem; nam, ut ante vidimus, non nisi ob unicam justi erroris causam, de jure Romano concessa fuit restitutio, scilicet quando in aliquo contractu falsus tutor, qui tamen publice pro vero tutore haberetur, intervenerat, et auctoritatem suam interposuerat: quamquam autem ex perversa interpretatione in foro obtinuerit, ut ob quamlibet justi erroris causam concederetur restitutio, attamen id receptum tantum est, in casu justi erroris, adeoque non extendendum ad casus ignorantiae, cum ingens sit disparitas inter justum errorem, et justam ignorantiam; etenim ignorantia se mere ac in totum negative potest tenere; ast error semper aliquid positivi includit, nimirum id quod mentem in errorem induxit, ac ita judicare compellit, ast ignorantia nihil includit, ut puta, aliquis nesciente domino possessionem ingreditur et illam usucapit, hic nil intervenit quod dominum in ignorantiam induxit, ast error includit aliquid: v. g. rem aeneam, cum auream crederem, emi, hic intervenit aliquid, scilicet opinio, in qua eram rem illam esse auream, quae me ad emendum induxit; ex hac differentia alia jam exurgit, scilicet quod cum error aliquid includat, quod nos induxit, illud probare possimus, ast ignorantia, cum nihil includat, probari non potest, saltem in eo sensu, quo dicimus, in omni restitutione aliquid semper probandum esse: sic in restitutione minorum, minor aetas; in restitutione majorum, absentia; in restitutione ex capite metus, metus; ex capite doli, dolus probanda sunt; verum quidem est, quod aliquali sensu ignorantia probari posset, sed cum illa probatio admodum vaga et intricata foret, ac protrahandarum litium causa a quolibet facile adduceretur, merito eam rejiciendam dicimus.

Nec obstat *L.* 33 *ff. de re judicata*, in qua dicitur, imperatorem concessisse restitutionem adversus rem judicatam; jam autem res judicata etiam introducta est ad diminuendas lites. R/. Quod hic non fuerit concessa restitutio a judice, sed ab ipso imperatore, idque ex plenitudine potestatis; praeterea imperator eam non generaliter et ex quacumque causa concessit, sed tantum in casu quo sententia ex falsis instrumentis lata erat, quod factum facile probari poterat: aliud est in ignorantia.

Nec obstat *L.* 86 *ff. de acq. vel omitt. hered.* In illa lege supponitur, quod aliquis reipublicae causa abesset, interea ille absens heres fuerat institutus, et decesserat antequam se heredem institutum esse cognosceret: ulterius dicitur, quod procurator ejus petierit bonorum possessionem, quam ipse morte praeventus ratam habere non potuit, adeoque illa bonorum possessio erat invalida, quare heredes ejusdem petebant restitutionem, quae, ut ait J. C., ipsis stricto jure non competebat, utpote cum absens mortuus esset antequam tempus, intra quod adire potuisset, esset elapsum, vel intra quod ratam habere posset aditionem a procuratore factam; ait tamen J. C. humanitatis gratia restitutionem fore concedendam. Ex qua lege sic contrariae sententiae auctores argumentantur: in illa lege fuit concessa restitutio propter ignorantiam, cum J. C. dicat absentem ignorasse se esse heredem institutum, ergo justa ignorantia potest esse causa restitutionis. Ast invita juris ratione; nam quamvis in hoc casu particulari hereditatis omissae concederetur restitutio ob ignorantiam, attamen exinde nulla strages, aut saltem admodum exigua adferretur utilitati publicae, sicuti inferretur, si ob quamlibet causam generaliter concederetur restitutio adversus usucapionem. Praeterea, non omnino etiam constat in casu legis objectae, an propter ignorantiam, an propter absentiam restitutio fuerit concessa, quamvis enim J. C. dicat defunctum ignorasse se heredem fuisse institutum, tamen non minus evidenter dicit eum fuisse absentem, ac proinde magis propter absentiam credendum est restitutionem concessam fuisse, quam propter ignorantiam, utpote cum absentia sit justa restitutionis causa: nec etiam J. C. ullibi in illa lege dicit, ob solam ignorantiam restitutionem fuisse concessam, tanto magis, quod illius ignorantiae in casu fuerit causa absentia; si enim praesens fuisset, certo se heredem institutum esse scivisset, et ita certo hereditatem adivisset. Qui plura super hac quaestione cupiunt, videant Schmier *cap.* 7 *de praescript.*

Digitized by Google

§ IX.

Absolvimus restitutiones absentibus concedendas contra praesentes: jam videbimus restitutiones praesentibus contra absentes concedendas. Per absentes hic intelligimus non solum eos, qui reipublicae causa, aut ex alia quavis justa, necessaria, aut probabili causa absunt, prout in prima parte hujus tituli, absentes intelligendos esse diximus, sed intelligimus quascumque absentias, sive justae fuerint, sive non; etenim petenti ex causa restitutionem nihil est imputandum, quod jus suum amiserit propter absentiam alterius, is enim prohibere non potuit, quominus alter abesset; ast in prima parte hujus tituli, absenti restitutionem petenti poterat imputari, quod sua culpa jus suum amiserit.

§ X.

Datur autem haec restitutio illis praesentibus, quarum res usueaptae, vel quorum actioni est praescriptum propter absentiam alterius, ex eo nimirum quod ab eo rem suam vindicare, aut contra eum actionem suam movere non potuerint, cum absens procuratorem non reliquisset, nec quisquam alius existeret, qui sua sponte actionem excipere, aut absentem defendere voluisset: scilicet hic praetor requirit diligentiam in praesente, ita ut is probare debeat, neminem ex cognatis vel amicis defuncti voluisse actionem excipere, aut absentem defendere, cum tamen eos interrogasset (*L.* 22 *ff. h t.*).

§ XI.

Ast postea imperator in *L.* 2 *cod. de annal. except.* aliud remedium introduxit, nimirum protestationis vel querimoniae, ut vocant, quod est hujusmodi: ut praesens, qui propter absentiam alterius rem suam vindicare nequit, aut actionem suam movere, intra annum adeat praesidem provinciae, aut alium competentem judicem absentis, eique libellum porrigat, quo protestetur se rem suam ab absente velle vindicare, vel jus suum exercere, quod si fecerit, jus suum salvum retineat.

§ XII.

Hac occasione quaeritur, an per hoc remedium querimoniae sublatum sit remedium restitutionis, quod ante competere solebat, ita ut, si intra annum non adiverit judicem, amittat jus restitutionis in integrum? Et putamus eum nihilominus adhuc uti posse beneficio restitutionis: imprimis dubium non est, quin Imperator potuerit concedere remedium querimoniae, absque eo quod tolleret restitutionem, quod autem hoc fecerit, ex verbis et scopo ejus facile eruitur; etenim in illa lege Imperator dicit, *ut perfectius omnibus consulamus, et nemini absentia vel potentia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides ac vigilantes differentia, sancimus, si quando etc.* Dicit ergo Imperator, se velle, ut sit aliqua differentia, non tamen totalis ac omnimoda, ut verbum *aliqua* satis importat: jam autem, si Imperator statuisset, ut per hoc posterius remedium cessaret, et extingueretur remedium restitutionis, jam esset totalis ac omnimoda differentia inter desides ac vigilantes, et quidem talis, ut non posset esse major; hoc ipso enim, quo quis non fuisset vigilans utendo remedio querimoniae, cum jam abrogatum esset remedium restitutionis, nullum amplius ei remedium superesset: non remedium restitutionis, utpote abrogatum: non etiam remedium querimoniae, utpote tantum competens intra annum; atque ita penitus jus suum amisisset, et ita esset omnimoda differentia inter desides et vigilantes. Ast juxta nos, non aderit omnimoda illa differentia, sed tamen aliqualis et sufficiens, ut textus in verbo *aliqua* verificetur, scilicet haec: qui usus non est querimonia, petens postea in integrum restitui, debebit probare se vindicaturum aut actionem suam intentaturum fuisse, si alter praesens fuisset; si autem hoc non probet, praesumetur jus suum ignorasse, atque adeo non propter alterius absentiam, sed propter ignorantiam jus suum amisisse, cui consequenter, ut diximus § *VIII. h. tit.*, concedenda non erit restitutio, ast, si usus esset querimonia, evitasset illas difficultates et necessitatem probationis.

Hanc etiam fuisse mentem Justiniani eruitur ex verbis initialibus legis: *ut*, inquit, *perfectius omnibus consulatur et nemini etc.*, non dicit se velle alio modo consulere, *sed perfectius* adeoque, quod etiam desidibus consulere velit: hanc sententiam etiam probat *L.* 41 *ff. de oblig. et act.*, in qua dicitur, *quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut ea sola actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere:* jam autem imperator in nostro casu, certo id nominatim non expressit, quin imo potius voluit, ut prima actio seu primum remedium remaneret, cum hoc secundum expresse concesserit in favorem ipsorum praesentium.

Non obstat quod his, qui sua culpa laesi sunt, leges non succurrant, et quod in casu praesens videatur sua culpa laesus esse, cum non sit usus remedio querimoniae, quo ei omnimode consultum erat; quia hoc argumentum laborat petitione principii, scilicet ab hoc posteriori concesso, primum remedium sit sublatum, quod nos negamus; si enim per secundum remedium primum non sit sublatum, tunc is non potest dici laesus sua culpa, ex eo quod priori usus non sit, cum in hoc ipso tantum sit usus jure communi, atque jure sibi competente.

Nonobstat etiam quod praesentibus tunc demum detur restitutio contra absentes, si laesi sint propter absentiam aliorum, et quod in casu praesens non tam videatur laesus propter absentiam, quam potius propter suam negligentiam, cum enim potuerit uti

remedio Justiniani, imputet sibi, quod permiserit compleri cursum usucapionis; nam R/. Quod in casu, eo non obstante, non tam laesus sit propter suam negligentiam, quam potius propter alterius absentiam; si enim is non abfuisset, praesens intentasset reivindicationem, aut aliam actionem sibi competentem, quas jam adversus absentem intentare non potuit: quin imo, si alter praesens fuisset, rem ipsam, aut id quod sibi debebatur consecutus fuisset, quod jam certo nunquam consecutus fuisset altero absente, etenim per remedium Justiniani tantum retinet jus salvum agendi, non autem ipsam rem.

Sed dicet forte quis, quod in eo saltem fuerint negligentes, scilicet quod cum actionem suam salvam retinere potuissent, hoc non fecerint, sed R/. Quod neutiquam in eo possint dici negligentes, cum scirent remedium restitutionis sibi competere, quamvis non fuissent usi remedio querimoniae, quo forte usi non sunt, quod scirent isto remedio se res suas non recuperaturos, adeoque quod perinde esset, sive uno, sive alio remedio uterentur, cum equidem certum sit se res suas non posse recuperare, nisi post reversionem absentis; deinde nemini debet imputari, quod, cum duo remedia sibi a legibus concedantur, altero non sit usus.

Nec obstat quod, si absens procuratorem reliquisset, tunc praesens non restitueretur, quia tunc argui posset ejus negligentia, atque adeo etiam possit argui negligentia ejus qui, absente procuratorem non relinquente, remedio querimoniae non est usus. Nam disparitas est, quod tali casu, agendo contra procuratorem, non tantum potuisset impedire progressum usucapionis, sed etiam rem ipsam consequi potuisset, atque adeo ex omni capite argui potest ejus negligentia.

Tandem nec obstat quod, juxta *L. 22 ff. h. t.*, praetor requirat diligentiam; quia praetor tantum requisivit diligentiam in eo, quod praesens interrogaret parentes et amicos absentis, an vellent actionem suscipere; ast praetor nullo modo requisivit diligentiam in eo, quod uteretur querimonia, cum equidem tunc temporis necdum extaret illud remedium, quod demum a Justiniano introductum est.

TITULUS VII.

DE ALIENATIONE JUDICII MUTANDI CAUSA FACTA.

Contra eos qui futuri judicii metu, dolo malo rem alienabant, idque ut actoris conditio deterior fieret, ex eo forte quod ei potentior adversarius objiceretur, edixit praetor, ut praestarent quanti interesset actoris duriorem ac potentiorem adversarium habuisse. Caeterum hujus edicti nullus amplius fuit usus post *L. 20 § 6 ff. de petit. hered.*, cum in illa lege caveatur, ut qui dolo malo possidere desierint, aeque teneantur ac si adhuc possiderent.

TITULUS VIII.

DE RECEPTIS QUI ARBITRIUM RECEPERUNT UT SENTENTIAM DICANT.

Duplicis generis sunt arbitri: alii juris, qui et necessarii dicuntur, dati scilicet a magistratu, puta rei aestimandae causa etc.: alii voluntarii, qui compromisso partium electi sunt, ut sententiam dicant; conveniunt compromissa et judicia quod utrobique idem agendi, excipiendi, probandi etc. ordo servetur (*L. pen. § pen. eod. h. t.*). Differunt vero, quod per compromissum litispendentia non inducatur, nec reconventio admittatur, quia arbiter non potest judicare, nisi de causa quae compromisso comprehensa est, sed nec jurisdictionem habet arbiter, cum non a lege, sed a privatis, qui jurisdictionem dare nequeunt, omnem suam auctoritatem sortiatur, quae omnia aliter in judiciis obtinent.

TITULUS IX.

NAUTAE, CAUPONES, ET STABULARII, UT RECEPTA RESTITUANT.

Contra nautas, caupones, stabularios datur actio, dicta *de recepto*, in factum, praetoria, rei persecutoria, viatoribus, vectoribus, et hospitibus ut merces, quas salvas fore receperunt, restituant. Merces autem intelliguntur receptae, non tantum si traditae et specialiter assignatae sint, sed etiam si in navim, cauponam vel stabulum immissae fuerint, nisi nauta praemonuerit illarum mercium curam in se suscipere nolle. In hac materia patet latere vel contractum locationis, si merces intervenerit; vel depositi, si gratis res receptae sint; adeo ut primo casu culpa tantum levis praestanda esset, et secundo casu tantum lata: voluit tamen praetor eos omni casu culpa levissima teneri, quia judicavit, reprimendae hujusmodi hominum improbitatis causa, durius agendum esse.

PARS SECUNDA

LIBER QUINTUS

TITULUS I.

DE JUDICIIS ET UBI QUISQUE AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

Titulum hunc disce ex jure canonico.

TITULUS II.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

§. I. De origine querelae.
§. II. Quid sit querela.
§. III. Quae intersit differentia inter testamentum nullum et inofficiosum, item inter querelam et petitionem hereditatis.
§. IV. Quibus competat querela.
§. V. Quibus liberis.
§. VI. Post liberos parentes admittuntur.
§. VII. Post parentes fratres.
§. VIII. Cui daretur querela, si defunctus, praeterito fratre consanguineo et filiis ex fratre germano, turpem personam heredem instituerit.
§. IX. Quis sit effectus querelae.
§. X. An semper per querelam rescindebatur olim totum testamentum, et an de jure novo rescindatur tota institutio.
§. XI. Quid de casu quo testator, praeteritis fratre germano et patre, personam honestam instituerit.
§. XII. Quid de casu quo filia per statutum alicujus loci a legitima hereditate excluditur, dum existunt masculi, si pater istam filiam ex semisse heredem instituerit, et ex altero semisse filium unum, alterum vero injuste exheredaverit, contra quem agere debet exheredatus, et pro qua parte rescindi debebit testamentum.
§. XIII. Quid si in quaestione de inofficioso pars judicum judicaverit contra testamentum, et pars pro testamento paribus suffragiis, pro qua sententia standum erit.
§. XIV. Quibus casibus cessat querela.
§. XV. An legitima sit pars hereditatis vel bonorum.
§. XVI. An exheredatus facit alteri partem in legitima.
§. XVII. Quid si minus legitima relictum sit.
§. XVIII. Quid si legitima relinquatur sub onere.
§. XIX. Cessat querela, si exheredatus alia via ad hereditatem pervenire possit, vel si agnoverit judicium defuncti.
§. XX. An idem dicendum, si legatum sibi relictum exheredatus admiserit.
§. XXI. An querela non potest intentari ante aditam hereditatem, et de variis casibus quibus cessat.
§. XXII. Cessat querela, si justa sit exheredatio.
§. XXIII. An ob alias causas, quam quae a Justiniano expressae sunt, exheredatio fieri possit.
§. XXIV. Quid si exheredatio sine elogio facta sit.

§ I.

Cum latissima cuivis patrif. competeret ex *L. 12 tabb.* testandi potestas, et saepe parentes sine justa causa liberos praeterirent vel exheredarent, inductum est, ut ejusmodi testamenta, ut inofficiosa argui et everti possent, hoc colore, quod parentes quasi non sanae mentis fuissent, dum simile testamentum ordinarent (*L. 2 ff. h. t.*). Haec querela inofficiosi testamenti nec lege aliqua, nec principis constitutione fuit introducta, tunc enim necesse non fuisset ad colorem dementiae recurrere; sed paulatim moribus constituta, et ex aequitate et humanitatis ratione admissa; unde cum hodiedum ex constitutione Justiniani in *nov.* 115 *cap.* 3 sit stabilita et definita, necesse amplius non est ad illum colorem dementiae recurrere, sed querelanti sufficit dicere, eam sibi ex lege competere.

§ II.

Querela autem nil aliud est, quam petitio hereditatis per rescissionem testamenti inofficiosi; ita-

Digitized by Google

que querela non est actio sejuncta ex natura sua a petitione hereditatis, sed est ipsa hereditatis petitio, ita ut non sit aliquod judicium praeparatorium, quo prius rescindatur testamentum, ut hereditas ipsa petatur, sed unica actione petit actor, rescisso testamento, hereditatem sibi adjudicari (*L.* 8 §. 8 *ff. h. t.*, *L.* 20, *L.* 21 §. 2 *eod.*).

Obj. Quod omnis petitio hereditatis sit vel ex testamento, vel ab intestato, jam autem hoc non convenit querelae; nam querelans non petit hereditatem ex testamento, nec etiam ab intestato. Ast ℟. quod lex his personis, quibus datur querela, jus tribuat petendae hereditatis, licet etiam ex testamento retro facto alteri sit acquisita, non quidem ut simpliciter petant hereditatem per eam actionem, quae vocatur hereditatis petitio, sed per rescissionem testamenti, sive per querelam: hoc jus hereditatis petendae a lege venit, sicque querela est species petitionis hereditatis legitimae, sive ab intestato.

Si querela sit petitio hereditatis ab intestato, ut revera est, sequitur quod si quis per querelam nil peteret, quam testamentum rescindi, et postea hereditatem peteret, hic agendi modus posset ut ineptus rejici.

§ III.

Sed quae est differentia inter testamentum nullum et inofficiosum? Item inter querelam et simplicem hereditatis petitionem? Ex testamento nullo nil debetur; jure novissimo ex inofficioso debentur legata et fideicommissa: ubi testamentum nullum est, datur adversus possessorem petitio hereditatis; sed dum est inofficiosum, datur querela, quae a simplici petitione hereditatis differt, quod querela tantum duret quinquennio, nec transmittatur ad heredes, nisi fuerit praeparata; at simplex hereditatis petitio durat 30 annis, et transit ad heredes.

§ IV.

Quibus competit querela videamus; et 1.° liberis, 2.° parentibus, 3.° fratribus. Ad has personas fuisse restrictas querelas patet ex *L.* 1 *ff. h. t.* Ast quomodo parentibus ante fratres potuit competere querela, cum ante *nov.* 118 fratres germani et consanguinei admitterentur ante parentes ad successionem ab intestato (*L.* 2 *cod. ad Senatusc. Tertul.*), querela autem deferenda videatur ad normam successionis ab intestato? Non videtur verum esse, quod querela eodem modo ac successio ab intestato fuerit delata; certum enim est, quod jure veteri, licet frater in successione ab intestato praelatus fuerit matri, tamen matri ante fratrem delata fuerit querela (*L.* 31 §. 1 *ff. h. t.*), scilicet querela ex pietatis ratione introducta, ordine omnino naturali fuit delata, ubi successio ab intestato non regebatur olim secundum hunc ordinem naturalem, sed potius secundum rationes politicas; sic mirum videri non debet, quod mater in querela semper fuerit praelata fratri, licet ei fuisset frater praelatus in successione ab intestato.

Quid ergo, si quis olim, matre praeterita, fratrem heredem scripsisset, an mater adversus hunc poterat movere querelam? ℟. Affirmative; licet enim testator eundem scripserit heredem, qui alias ab intestato successisset, nec ipsi debuerit imputari, quod fecerit testamentum, tamen hoc ipsi poterat imputari quod, neglecto pietatis naturalis officio, matrem praeterierit (*L.* 15 *pr. ff. h. t.*).

§ V.

Quibus liberis competit querela? Tam suis quam emancipatis, adoptatis quoque a persona non extranea, arrogatis etiam, modo sint puberes; nam arrogati impuberes habent aliud remedium, scilicet habent quartam ex constitutione divi Pii (*L.* 8 § 15 *ff. h. t.*): illegitimi autem non habent querelam adversus testamentum patris, sed queri possunt adversus testamentum matris (*L.* 29 § 1 *ff. h. t.*): liberi quoque ulterioris gradus querelam movere possunt adversus testamentum avi vel proavi (*L.* 7 *cod. h. t.*), tunc scilicet quando pater nepotum eos non praecedit, sed jam mortuus est; nam alias avus non debebit ex officio pietatis instituere nepotem, si pater nepotis adhuc vivat. Quod si testator filium et ex eo nepotem habens, filium exheredaverit, praeterito nepote, et extraneum instituerit heredem; filius autem vel juste fuerit exheredatus, et ita non possit movere querelam, vel injuste exheredatus querelam repudiaverit, quaeritur an huic nepoti possit competere querela? ℟. Negative, excepto unico casu *L.* 34 *cod. h. t.*, ubi querela huic nepoti datur ex capite patris tantum, quando filius fuit injuste exheredatus et decessit ante aditam per scriptum heredem hereditatem, quo casu Justinianus huic nepoti succurrere voluit, et ei dare querelam, quam ante non habebat; itaque cum hic casus tantum sit exceptus, et exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, sequitur quod in aliis casibus huic nepoti non possit competere querela, quinimo nequidem in hoc casu, jure novo jam excepto, olim competebat huic nepoti querela, ut aperte testatur imperator in *d. L.* 34, cum ait *quod omne adjutorium hunc nepotem derelinquat*; itaque ex proprio capite nepos hic querelam movere non potest; ex capite patris autem, sive ex ratione transmissionis, unico tantum casu movere potest, scilicet in casu *d. L.* 34.

Obj. Querela datur liberis, jam autem nepos hic est ex liberis, et avus videtur contra officium pietatis fecisse, cum sine causa exheredando vel praetereundo. ℟. Querela quidem datur liberis, sed iis tantum qui gradu proximiores sunt; in

casu autem nostro proximior gradu non est nepos ille, sed pater ejus, qui juste exheredatus est, vel jus suum repudiavit.

Obj. *L.* 3 *ff. h. t.* ubi Paulus, priore remoto, admittit sequentem. R/. Admittit sequentem, at non sequentem in gradu, sed sequentem in linea, adeoque remoto filio defuncti, admittit ad querelam patrem defuncti: verum est quod Paulus indistincte loquatur, sed eum commode possit explicari de sequenti in linea, non possumus eum intelligere de sequenti in gradu, eum habeamus expresse *L.* 34 *eod. h. t.*, quae clare definit, sequentem in gradu non admitti.

Obj. In successione ab intestato, remoto filio, admittitur nepos. R/. Exinde non sequitur quod idem sit in querela, eum a successione ab intestato non procedat argumentum, neque querela ab initio regulata fuerit ad normam successionis ab intestato, sed ordine magis naturali.

Obj. Remoto e querela filio, admittendus esset pater defuncti (*L.* 14 *ff. h. t.*); ergo multo magis nepos defuncti debet admitti, eum facilius descendet, quam ascendat hereditas. R/. Posset dici quod ascendentes admittantur ex edicto successorio, uti plures respondent, quo casu supponi deberet edictum illud ad querelam fuisse productum; jam autem illud edictum tam in ordine *unde liberi*, quam in ordine *unde legitimi*, non habebat locum de gradu in gradum, sed tantum de linea in lineam (*L.* 4 § 1 *de bon. poss. contr. tab.*, § 7 *inst. de legit. agnat. success.*), ita ut tantum in ordine *unde cognati* hoc edictum locum haberet de gradu in gradum (§ 7 *inst. de legit. agn. success.*, *L.* 2 *ff. de success. edicto*): verum quidem est, quod jure novo successorium edictum semper locum habeat de gradu in gradum; sed hoc obtinet in successione ab intestato, non in querela, ad quam non recte argumentatur a successione ab intestato.

Quod si nolis supponere edictum successorium olim ad querelam fuisse productum, adeoque non placeat dicere, quod pater defuncti admitteretur ad querelam ex edicto successorio et non nepos, tunc potest responderi, ideo nepotem non admitti, quia vel pater ejus injuste vel juste fuit exheredatus: si injuste, et contigerit, ut pater ejus querelam repudiaret, id non debet imputari avo testanti, sed facto patris repudiantis: si juste exheredatus fuerit ejus pater, tunc propter delictum filii nepos is eum effectu poterit exheredari, ut Ulp. in *L.* 3 § 5 *ff. de bon. poss. contr. tab.*

Inst. Hoc Justinianus abrogavit in *L.* 33 *eod. h. t.* R/. Hoc abrogavit in specie, de qua agit in *d. L.* 33 § 1, sed non in casu ubi avus, odio filii nepotem ex eo praeterit vel exheredat, uti rursus ex *L.* 34 *cod. h. t.* colligi potest.

Inst. Sed in *L.* 34 dicit generaliter *iniquum esse, ut unius odio alter gravetur.* R/. Haec ratio licet generalis appareat, tamen debet referri ad casum ibi subjectum, uti frequenter satis contingit in legibus Justinianeis.

Obj. Si pater eorum esset mortuus, nepotes admitterentur ad querelam, ergo etiam dum est exheredatus; nam exheredatus pro mortuo habetur, ut ait *L.* 1 § 5 *ff. de conjung. cum emancip. lib.* R/. Exheredatus aliquando pro mortuo habetur, ut in specie legis objectae, quia scilicet pater exheredatus a praetore non jungebatur in bonorum possessione suis liberis; sed nullo modo in quaestione du querela debet pro mortuo haberi, dum potitur, an nepotibus ex eo danda sit querela.

§ VI.

Post liberos admittuntur ad querelam parentes defuncti, si injuste exheredati vel praeteriti sint, idque ex ratione *L.* 15 *princ. ff. h. t.*, sive sint masculi sive feminae (*L.* 17 *cod. h. t.*), idque licet filius in adoptionem fuerit datus, et ita se abdicasset familia patris naturalis (*L.* 30 *ff. h. t.*). Quid ergo si fingas quod, statuto alicujus loci, ut Lovanii, Bruxellis etc. parentes, extantibus fratribus, a successione ab intestato excludantur, et aliquis, praeteritis patre et fratre, personam honestam scripserit heredem, an tali casu parentes ad querelam admitterentur? Agitata fuit haec quaestio in senatu Brabantiae, ut refert Stockmans *decis.* 22, ex qua apparet senatum fuisse in ea sententia, ut ad querelam admitterentur parentes, et merito; etenim querela ordine secundo fuit concessa parentibus, neque, ut adhue dictum, ratio habebatur, an in successione ab intestato eodem ordine venissent, necne, cum alios fratres in successione ab intestato etiam praeponerentur parentibus, et tamen secundo ordine parentes ad querelam admitterentur, et quidem ante fratres, ergo et in casu talis statuti debent suo ordine ad querelam admitti, nec id statutum obstere potest querelae parentum; nam statutum tale tantum loquitur de successione ab intestato, nec ad querelam extendi potest, eo magis, quod nove statuta sint strictae interpretationis: dein facto testamento, in totum cessat ratio statuti, etenim statutum parentes tantum removet in favorem fratrum, ita ut, remotis fratribus, non impediantur parentes succedere; hic autem fratres sunt remoti per testamentum: probat hoc argumentum *L.* 14 *ff. h. t.*, in qua pater defuncti admittitur ad querelam, licet jus succedendi ab intestato non habeat.

Obj. Qui non potest ab intestato succedere, non potest habere querelam. R/. Potest hoc negari argumento juris veteris, secundum quod parentes habent querelam, licet non potuissent ab intestato succedere, quamdiu fratres non essent remoti; hic autem legitime per testamentum remoti sunt.

Inst. Statutum illud praefert fratres parentibus. R/. In successione ab intestato, sed non in querela; cum nequidem de querela loquatur, nec ullo modo ad querelam possit extendi.

Obj. Parentes tali casu non possunt queri de injuria sibi facta; nam si defunctus non fecisset testamentum, equidem nil habuissent. ℟. Testamento non facto parentes nil habuissent, quia fratres tunc non fuissent remoti et exclusi, at iis exclusis, habuisseut hereditatem, adeoquo injuria iis facta est in hoc quod, remotis fratribus, eis nil relictum sit.

Obj. Parentibus non debetur legitima in casu vestro, nam legitima est pars partis ab intestato debitae, et ab intestato nil parentes habuissent. ℟. Verum est quod pater non habeat jus ad legitimam, non facto testamento, quando fratres succedunt, sed remotis fratribus a successione, et consequenter remoto statuto, parentes non minus jus habent ad legitimam, quam de jure communi, cum facto testamento, idem sit ac si non haberetur statutum.

Quid si persona turpis tali casu heres instituta esset? Tunc fratres non possunt dici exclusi et remoti, cum actionem habeant ad consequendam hereditatem ab intestato, querelam scilicet, quam ex ratione juris intentabunt, et sic non potest dici, quod tali casu parentes possent admitti ad querelam, dum fratres eam movere volunt. Sed pro qua parte rescinditur testamentum, si pater defuncti moveat querelam? Cum per querelam tantum rescindatur testamentum pro parte ab intestato debito ei, qui movet querelam, ut postea probabitur, dicendum quod eo casu, si v. g. existat pater defuncti et unus frater defuncti, pater tantum possit evertere testamentum pro semisse, ita ut frater, quamvis nil habeat aut habiturus sit, computari debeat et patri partem faciat; etenim id tantum potest petere pater, quod jure communi habuisset: de jure communi autem tantum habuisset semissem, et certe pater, qui querelam movet, dicit cessare statutum, adeoque se fundat in jure communi, secundum quod tantum potest evertere testamentum pro semisse.

§ VII.

Post parentes admittuntur ad querelam fratres et sorores defuncti, ita tamen, ut his tunc tantum competat querela, si turpis persona heres fuerit instituta (*L.* 27 *cod. h. t.*): nec omnibus fratribus indistincte tunc dabitur querela, sed tantum fratribus ex eodem patre natis, idest germanis et consanguineis, sed nullo modo uterinis.

An saltem jure novissimo uterini sunt admittendi ad querelam? Hoc quidem videtur Vinnio, Hubero et aliis, sed contendendum, quod nec jure novissimo possint admitti; etenim uterini nominatim a querela excluduntur in *L.* 27 *cod. h. t.*, jam autem jus illud nullibi apparet esse mutatum.

Obj. Frater uterinus tam propinque contingit defunctum, quam consanguineus. ℟. Exinde non sequitur quod fratri uterino detur querela, cum nullibi detur querela, nisi illi quem lex ad querelam admittit.

Inst. Imperator Justinianus in *nov.* 118 *cap.* 3 exaequavit uterinos consanguineis. ℟. Exinde non sequitur quod fratri uterino detur querela; nam eos tantum exaequavit quantum ad successionem ab intestato.

Inst. In *nov.* 118 *cap.* 4 vult imperator ut nulla fiat distinctio inter agnatos et cognatos, idque in quacumque successione et hereditate; jam autem per querelam succeditur ab intestato. ℟. Quod imperator velit nullam esse differentiam inter agnatos et cognatos in quacumque hereditate aut successione, hoc pro subjecta materia debet accipi, scilicet de ea successione, quae simpliciter ab intestato defertur, dum nullum validum existit testamentum, cum de ea successione in illa novella agatur.

Inst. Rescisso per querelam testamento, fit locus successioni ab intestato, et uterini exaequati sunt consanguineis. ℟. Per querelam fit locus successioni ab intestato, respectu illius qui jus habet querelam movendi, sed non respectu alterius, qui jus illud non habet.

§ VIII.

Defunctus, praeterito fratre consanguineo et filiis ex fratre germano, turpem personam instituit heredem, cui datur querela? Non filiis ex fratre germano defuncto, sed soli fratri consanguineo; etenim nullibi ostendi potest, quod filiis fratrum detur querela: contrarium constat ex *L.* 1 *ff. h. t.*, et ex *L.* 21 *cod. h. t.*; nec hoc potest dici mutatum ex *nov.* 118., ubi filii germanorum praeferuntur fratribus consanguineis, scilicet in successione ab intestato tantum, quando nullum validum existit testamentum, sed nullo modo in querela; non enim procedit argumentum a successione ab intestato ad querelam, nec infrequens est, ut unus potior sit in querela, qui tamen non est potior in simplici successione ab intestato.

Obj. Fratri consanguineo non potest dici facta injuria, cum nil habuisset ab intestato. ℟. Nil habuisset, si filii germanorum successissent, at his remotis, habuisset hereditatem, adeoque, cum hi jam facto testamento sint remoti, merito potest dicere sibi illatam injuriam per praelationem personae turpis.

Inst. Qui querelam movet tantum potest petere quod ab intestato habuisset, jam autem frater consanguineus ab intestato nil habuisset. ℟. Remotis filiis germanorum, certe aliquid habuisset ab intestato, et id ipsum jam per querelam petere potest.

§ IX.

Quisnam est effectus querelae? Jure veteri rescindebatur non tantum testamentum quoad institutionem, sed etiam quoad legata et caetera testa-

menti capitula, ita ut in quantum dicebatur inofficiosum, nil ex testamento valeret (*L.* 8 § 16 *ff h. t.*); at jure novissimo (*nov.* 115 *cap.* 3 et 4 *in fin.*) evertitur tantum testamentum quoad heredis institutionem, ita ut legata et caetera testamenti capitula salva maneant.

An ergo etiam legata debentur in specie *L.* 27 § 4 *ff. h. t.*, dum mater falso existimans filium periisse, eum praeteriit, extraneo herede instituto, quem multis legatis gravavit? ℟. Negative; sed tali casu filius praeteritus ita poterit evertere testamentum, ut nequidem spectato jure novissimo, legata debeantur; etenim omnino praesumendum est, quod mater si scivisset filium vivere, eum non gravasset legatis, sed quod omnia bona ei relictura fuisset, quae praesumptio certe est in jure fundata (*vide L.* 102 *de cond. et dem.*, *L.* 36 § 2 *de test. milit.*), quod autem ille filius, licet non mala mente praeteritus, ad querelam admittatur, probatur ex *d. L.* 27 § 4 *ff. h. t.*, et ratio est, quod talis praeteritio non minus ipsi noceat, quam si mala mente fuisset praeteritus, quod sufficit ut habeat querelam.

Obj. Mater in sua institutione non peccavit contra officium pietatis. ℟. Animo quidem contra hoc officium non peccavit, sed in effectu, quod sufficit, ut filio detur querela.

Inst. Non potest filius judicium matris accusare ut furiosae. ℟. Inspecto animo matris non potest; sed re ipsa et effectu idem est filio, ac si mala mente mater eum exheredasset.

Inst. Filius bona mente a patre exheredatus non habet querelam. ℟. Quia talis exheredatio ipsi non nocet, sed prodest; ast praeteritio matris in casu nostro noceret filio.

Obj. Saltem ille filius non fuit praeteritus judicio matris, hoc tamen requiritur, ut possit movere querelam; nam mater adversus substitutionem filii impuberis querelam non habet, et hoc ideo, quia non est praeterita judicio filii. ℟. Mater adversus substitutum filii impuberis non habet querelam, quia non filius, sed pater fecit testamentum, et dum mater veniet ad movendam querelam, dicetur ei esse testamentum patris (*L.* 8 § 5 *ff. h. t.*), at in casu nostro testamentum illud omni ex parte est testamentum matris.

Obj. Ergo filius debet solvere legata de jure novissimo ex *nov.* 115 *cap.* 3. ℟. In illa novella agit imperator de exheredatione vel praeteritione irato animo facta ab eo, qui non ignorat se liberos vel parentes habere, adeoque illa novella ad casum nostrum nil facit; certum scilicet est, quod imperator tantum voluerit solvi legata in favorem voluntatis defuncti, at haec solutio in casu nostro non convenit voluntati matris.

Inst. Quod forte noluisset solvere legata, si scivisset filium vivere, est tantum conjectura, cui conjecturae hic locus esse nequit, cum voluntas, quoad legata, clara sit. ℟. Non est simplex conjectura, sed quae maxime juvatur a legibus (*arg. L.* 102 *ff. de cond. et demonstr.*).

Inst. Si irato animo praeteritio esset facta, deberent solvi legata, atqui absurdum est plus favere peccanti, quam non peccanti. ℟. Non esset favorabilo matri in casu nostro, si diceremus legata esse solvenda, sed e contra nos favemus ejus voluntati, quia dicimus ex conjectura pietatis, quod non legasset, si scivisset filium vivere.

Obj. *L.* 28 *ff. h. t.* ℟. Certum est quod in illa specie filius a divo Adriano non fuerit admissus ad querelam, sed alio modo contra ordinem fuerit juvatus, et admissus eo colore, quasi ipse in testamento fuisset heres iustitutus, eodem modo sicuti in *L ult. de hered. inst.* eo colore admittitur alius ex voluntate testatoris; si enim fuisset admissus ad querelam, certe tunc non debuisset solvere legata; hinc etiam Paulus ut singulare notat quod de legatis ibi dicitur, *nam cum testamentum inofficiosum arguitur*, ait, *nil ex eo testamento valet.*

Sed quare divus Adrianus filio non judicavit dandam esse querelam? Forte quod tempore divi Adriani necdum invaluisset, ut filius in hac specie admitteretur ad querelam, quod tamen postea invaluit, ut constat ex *L.* 27 § *ult. ff. h t.*; vel etiam dici potest quod in specie *L.* 28 instituti fuerint alii liberi testatoris, quo casu nequidem hic filius admitteretur ad querelam, sed tantum partem auferret caeteris, aeque ac si eum iis esset scriptus heres, ita ut tunc solvere deberet legata in eo testamento relicta pro sua parte, ut constat ex *L.* 3 *eod. h. t.*

§ X.

An semper per querelam rescindebatur olim testamentum totum, et an de jure novissimo rescinditur tota institutio? Nequaquam, sed tantum pro parte ab intestato debita ei qui movet querelam. Probatur per celebrem *L.* 19 *ff. h. t.*, ubi mater duas habens filias, unam ex quadrante instituit heredem, extraneum ex dodrante, et aliam praeteriit: filia praeterita movet querelam: dicitur quod si recte agat, possit vindicare id quod ab intestato habuisset, idest semissem, nec audienda sit adversus sororem agere volens; adeoque ab extraneo auferet semissem, sic quadrans unus manet penes extraneum, alter penes filiam institutam. Idem probat *L.* 8 § 8 *ff. h. t.*, ubi quaeritur an exheredatus qui non queritur, idest qui non potest queri, eo quod, ut ibidem supponitur, titulo legati legitima ipsi relicta sit, quod olim fieri poterat, faciat partem alteri, qui movere potest querelam, et hoc affirmatur; ex quo deducitur quod alter, qui queritur, tantum possit semissem petere, et merito; etenim querela est petitio hereditatis per rescissionem testamenti inofficiosi; atqui petens hereditatem ab intestato majorem partem petere non potest, quam ex qua ab intestato fuisset heres.

Digitized by Google

Obj. Per querelam judicium defuncti condemnatur ut furiosi. ℟. Ibi est tantum color quaesitus ad introducendam querelam; nam a parte rei constat defunctum fuisse sanae mentis.

Obj. Jure novo rescinditur semper tota institutio. ℟. Nego; nam imperator tantum mutavit jus vetus hac in parte, quoad legata et caetera testamenti capitula.

Inst. Nemo potest partim testatus, partim intestatus decedere. ℟. Ab initio concedo; sed nil impedit quominus quis ex postfacto fiat partim testatus, partim intestatus (*L.* 15 § 2, *L.* 24 *ff. h. t.*, *L.* 13 *cod. eod.*).

Inst. Mota querela, idem est, ac si hereditas non fuisset adita (*L.* 21 § 2 *ff. h. t.*). ℟. Quando, ut ibidem supponitur, is qui movit querelam totam hereditatem abstulit.

Obj. *L.* 17 *pr.*, *et* 23 § 2 *ff. h. t.*, ubi evertitur testamentum pro majori parte quam ab intestato debita. ℟. In legibus objectis preponitur quod uterque filius sit injuste exheredatus, et sic utrique competebat jus movendi querelam, sive erant conjuncti in querela; unus postea repudiat querelam, vel tempore excluditur, et sic pars ejus accrevit alteri, qui querelam movet, ut expresse dicit *L.* 23 § 2. Jus enim accrescendi inter conjunctos non minus hic locum habet, quam in alia successione, at in *L.* 19, item in *L.* 8 § 8 uni tantum jus competebat querelam movendi, et sic in querela non erant conjuncti.

Obj. Per bonorum possessionem contra tabulas evertitur testamentum, non tantum pro parte petentis, sed in totum (*L.* 8 § *ult.*, *L.* 10 § *ult. ff. de bon. poss. contr. tab.*). ℟. Praetor dans bonorum possessionem propter praeteritionem filii, in effectu idem juris introduxit quod jure civili obtinuisset, si filius in potestate retentus fuisset praeteritus, quo casu totum testamentum fuisset nullum, adeoque et propter praeteritionem emancipati totum testamentum de jure praetorio est nullum; sed nil simile in querela.

Obj. *L. d.* 19 *ff. h. t.*, in qua filia praeterita evertit totum testamentum. ℟. Per errorem hoc accidit, cum Paulus evidenter doceat non debuisse totum everti.

Inst. Atqui in *d. L.* 19 debuisset totum everti, cum filia, quae adivit ex testamento, videatur repudiasse ab intestato, et sic altera debet ab intestato totum habere. ℟. Hoc recte negat Paulus in verbis *non esse similem omittenti etc.*, cum nequidem potuerit repudiare hereditatem ab intestato, quae ipsi non erat delata, et quamvis delata fuisset, ignorabat tamen eam sibi delatam esse.

Inst. Ab intestato videri debet repudiasse, nam adivit et voluit esse heres ex testamento; atqui nemo potest velle et ex testamento et ab intestato esse heres, cum esset velle duo contraria. ℟. Voluit esse heres ex testamento, non ut jus suum amitteret, sed ut haberet quod putabat sibi competere, quodque a parte rei competebat, sicque non recte deducitur, exinde eam ab intestato repudiasse.

Inst. In ead. *L.* 19 Paulus ait *itaque dici potest eam quae omissa est etc.* ℟. His verbis Paulus tantum sibi format objectionem, quam mox refutat verbis sequentibus *sed non est etc.*

Inst. Atqui instituta adeundo ex testamento repudiavit ab intestato (*L.* 97 *ff. de acq. vel omitt. hered.*). ℟. Talis quidem fuit sententia Papiniani, ut Paulus refert in lege objecta, sed haec Papiniani sententia non fuit admissa.

Obj. Paulus in *L.* 19 docet quod testamentum rescindetur pro dodrante; nam docet quod non possit agere adversus sororem, sed tantum adversus extraneum. ℟. Exinde tantum sequitur, quod adversus solum extraneum possit agere, sed non quod integrum dodrantem ab eo auferre possit, cum aperte dicat, ab extraneo semissem esse vindicandum.

Sed cur non potest agere adversus sororem? Quia mater, ejus sororem pro quadrante instituendo, non peccavit contra officium pietatis, sed tantum instituendo extraneum; cum tamen in *L.* 19 testamentum in totum per errorem fuerit eversum, ut succurratur filiae heredi scriptae, docet Paulus, quod huic salvum maneat jus adeundi ab intestato, quia non potest dici eam hereditatem repudiasse; ex hoc rursus ostendit quod filia praeterita, quae movet querelam, non recte totam hereditatem petere, adeoque quod si recte agat, tantum possit semissem petere.

Ex hoc jam principio quod, qui querelam movet, tantum possit petere id quod ab intestato habuisset, et eatenus tantum institutionem evertere, varia sequuntur; puta, si quis, relicto fratre consanguineo et fratre uterino, turpem personam heredem instituerit, per querelam, quae soli fratri consanguineo competit, rescindetur institutio tantum pro semisse, nam semissem habuisset ab intestato; hinc etiam judicari potest de quaestione sequenti.

§ XI.

Testator, praeteritis fratre germano et patre, personam honestam instituit, certum est quod soli patri competet querela. Sed disputant hic interpretes, utrum rescisso per patrem testamento, frater ab intestato cum patre concurrat: hoc vult Vinnius, sed negat Voetius, Huberus, et alii: apperet autem quod omnes errent, cum supponant patri jus esse evertendi totum testamentum, quod tamen falsum est; certum enim est, quod ab intestato pater in isto supposito tantum habuisset semissem, adeoque quod tantum testamentum possit evertere pro semisse (argumento *L.* 19. *et L.* 8 § *ff. h. t.*).

Obj. In *L.* 14 *ff. h. t.* Pater potest per quere-

lam totum evertere testamentum. ℟. Nec mirum, quia remotis filiis defuncti, habuisset totam hereditatem ab intestato, nec ii filii in hereditate fecissent illi partem, adeoque nec in querela: at in casu nostro frater germanus defuncto patri fecisset partem in successione ab intestato, adeoque et in querela facere debet.

Inst. Atqui ante *nov.* 118, potuisset pater totum testamentum in hoc casu evertere, jam autem hoc non invenitur correctum. ℟. Correctum est ex quadam causa, quae a principiis juris deducitur, scilicet cum ante novellam frater in successione ab intestato praeferretur patri, non faciebat ei partem, adeoque nec patri querelam moventi partem facere poterat; ast post *nov.* 118 frater germanus in successione ab intestato facit partem patri, adeoque et in querela.

Sed finge quod eo casu patri sit jus evertendi totum testamentum, an victoria patris prodesset fratri? ℟. Negative; etenim debet prodesse victoria ei, cui datur actio; atqui soli patri datur actio, et quidem ut ipse et non alius ab intestato succedat; adde quod res inter alios judicata aliis nec nocere, nec prodesse debeat: deinde querela est petitio hereditatis, unde in isto supposito pater jus habet petendi, adeoque et retinendi hereditatem totam; et revera si victoria patris prodesset fratri, melioris conditionis esset frater cui non competit, quam pater cui competit, quod foret absurdum.

Obj. Per querelam testator fit intestatus. ℟. Respectu illius, qui jus habet movendi querelam, non alterius.

Inst. Atqui etiam respectu alterius (*L.* 6 § 1 *h. t.*). ℟. In lege objecta is qui movit querelam, non habebat jus eam movendi, at in supposito nostro pater habet jus overtendi totum testamentum.

Obj. Argumentum *L* 19 *ff. h. t.*, ubi victoria filiae praeteritae, quao totum testamentum evertit, prodest filiae institutae. ℟. Quia non jure, sed casu tantum evertit totum testamentum. Hinc collige quod cum ex ratione juris pater non possit totum evertere, sed tantum pro semisse, si contigerit, ut casu totum everteret testamentum, victoria patris fratri germano prodesset (*argumento L.* 19 *h. t.*).

§ XII.

Finge quod filia per statutum alicujus loci a legitima hereditate excludatur, dum existunt masculi: quod pater filiam ex semisse heredem instituerit, et ex altero semisse filium unum: quod alterum injuste exheredaverit, et quod exheredatus moveat querelam: quaeritur contra quem agere debeat, et pro qua parte debeat testamentum rescindi? Quidam volunt quod tali casu debeat agere contra sororem tantum, et ab ea semissem vindicare (*argumento L.* 19 *h. t.*), ita ut filiam illam omnino considerent ut extraneam; sed profecto haec sententia videtur nimis dura, eo magis quod exinde sequatur, quod si in isto supposito pater duas habens filias, eas heredes instituisset et filium exheredasset, filius exheredatus movens querelam a qualibet sorore instituta totum vindicare possit, quod admittere durum foret; etenim pater filiam, quae alias vi statuti a successione fuisset exclusa, heredem instituens hoc egit, ut removeretur tale statutum respectu filiae suae, et voluit corrigere iniquitatem ejus: filiam itaque non ut mere extraneam, sed ut filiam consideravit, et heredem scripsit, adeoque ut extranea non debet considerari, et sic filius exheredatus debet movere querelam contra utrumque tam fratrem quam sororem, et ab utroque duas uncias auferet: confirmatur hoc argumento *L.* 8 § 11 *de bon. poss. contr. tab.*

Obj. Qui movet querelam debet id consequi quod ab intestato habuisset, ergo ille filius debet consequi semissem. ℟. Debet is consequi quod ab intestato habuisset, sed perinde hoc casu debet haberi, ac si ab intestato tantum habuisset trientem.

Inst. Atqui non potest sic haberi, nam certum est quod habuisset semissem. ℟. Habuisset semissem, si in totum succederetur ab intestato, nullo valido praeexistente testamento, non item dum talo existit; etenim nullo existente testamento filia non debuisset considerari, nunc autem venit consideranda.

Inst. Atqui nec jam debet considerari, nam statutum eam a successione excludit. ℟. Sed pater eam instituendo voluit, prout velle potuit, ut statutum eatenus removeretur, et non operaretur, atque illam filiam instituendo ex triente nullatenus peccasset contra officium pietatis, et sic triens omnino apud eam manere debet.

Obj. Filius exheredatus tantum potest agere contra sororem, et ab ea semissem petere, nec audiendus est contra fratrem agere volens (*argumento L.* 19 *h. t*). ℟. Extraneus, de quo in *L.* 19, omnino erat extraneus, nec aliter considerari poterat; at filia in casu nostro non debet considerari ut extranea.

Inst. Atqui debet sic considerari; nam extraneus est qui non potest ab intestato venire ℟. Quod non potuisset venire ab intestato, fuisset in vim statuti, hoc autem noluit pater quidquam operari, dum filiam instituit, non ut extraneam, sed ut naturaliter filiam.

Inst. Ideo in *L.* 19 non potest agere adversus sororem, quia rescisso testamento, soror instituta potuisset ab intestato simul cum alia succedere; atqui ea ratio non obtinet in casu nostro. ℟. Hanc rationem tantum ibidem addit Paulus, ut ostendat filiam praeteritam non habere jus rescindendi totum testamentum; ratio autem cur in ea lege non potuerit contra sororem agere ea est, quia mater,

ejus sororem ex quadrante instituendo, non peccavit contra officium pietatis; et sic etiam hic pater ex semisse filiam instituans, non peccavit pro triante contra officium pietatis, sed tantum pro duabus unciis, adeoque duas tantum uncias a sorore auferre potest filius exheredatus.

Inst. Alium filium ex semisse instituens non peccavit contra officium pietatis. R. Distinguo: supposito quod filiam non vocasset, concedo: sed supposito quod eam, ut filiam vocaverit, etiam in institutione filii pro duabus unciis peccavit contra officium pietatis.

Hinc collige quod si secundum statutum loci, filius unus ab intestato tantum haberet, quantum duae filiae, sicuti Mechliniae observatur, et pater ibi duas filias et filium habens utramque filiam heredem instituerit, et filium exheredaverit, filius movens querelam ab utraque sorore tantum posset petere duas uncias, in totum quatuor.

§ XIII.

Quid si in quaestiona de inofficioso pars judicum judicaverit contra testamentum, et pars pro testamento pronunciaverit, paribus suffragiis, pro qua sententia standum erit? Pro testamento, quud proinde tali casu non erit rescissum (*L.* 10 *ff. h. t.*), et merito; etenim in querela exheredatus est actor, scriptus heres est reus, regula autem est quod, paribus suffragiis, reus debeat absolvi (*L.* 38 *ff. de re jud.*), cum favorabiliores sint partes rei quam actoris; nec dici potest hoc jure novissimo esse mutatum, eo quod illo jure heredi scripto incumbat onus probandi ingratitudinem filii exheredati, cum, eo non obstaote, scriptus heres semper maneat reus, et querelans actor, et in paritate suffragiorum nulla mutandi ratio appareat, nec latis sententiis quaeri debeat, an plena fuerit ex parte heredis scripti probatio nec ne, sententiae enim non sunt ponderandaa sed numerandae.

Obj. Si is qui probare debet, non sufficienter probaverit, erit condemnandus, ergo heres tali casu debet condemnari. R. Hoc quidem judices in ferenda sententia debet dirigere, sed eum lata sententia tantum numerentur suffragia, ad hoc amplius attandi non debet.

Obj. Causa exheredationis est odiosa, et causa filii querelantis est favorabilis. R. Exinde non sequitur quod in paritate votorum querelans debeat vincere, sed tantum quod judices hujus favoris rationem habere potuerint, antequam vota darent; ast votis datis, cum oon quaeratur amplius an bene vel male judicaverint, ea tantum computantur, et in paritate reus absolvitur.

§ XIV.

Quibus casibus cessat querela videamus; et cessat variis casibus: primus magisque notabilis est, si legitima fuerit relicta ei, qui alioquin potuisset movere querelam. Legitima autem est portio portionis ab intestato debitae, olim quidem erat quarta partis ab intestato debitae, ita ut verosimile sit eam partem exemplo Falcidiae fuisse determinatam; nam et aliquando legitima vocatur Falcidia (*L.* 31 *cod. h. t.*), ast jure novo Justinianus in *nov.* 18 *cap.* 1 eam quantitatem auxit, ut si liberi sint quatuor vel pauciores, legitima sit triens, si sint quinque vel plures, legitima sit semis partis ab intestatu debitae.

Sed an hoc argumentum etiam pro fratribus locum habet? R. Affirmative; licet enim imperator in praefata *nov.* 18 tantum loquatur de liberis, tamen in *cap.* 1 generaliter ait, haec observanda in omnibus personis.

§. XV.

An legitima est pars bonorum, an pars hereditatis? Multum interest utrum dicatur pars bonorum, an pars heraditatis; nam si sit pars bonorum, et filius legitimam agnoverit, postea nutem emergat aes alienum, quod vires hereditarias excedit, filius non tenetur ad illud pro nulla parte, cum pro nulla parte sit heres; quod aliter obtineret, si legtima foret pars hereditatis; deindo si tantum sit pars bonorum, et filius nil nisi legitimam habeat, poterit vindicare res suas per patrem venditas, et quidem in totum, quod rursus facere non posset, si esset pars hereditatis.

Vionius tamen defendit esse partem hereditatis; Voetius contra dicit esse partem bonorum; haec Voetii sententia probabilior est; etenim legitima accipitur deducto aere alieno, ut Ulpianus dicit in *L.* 8 § 9 *ff. h. t.*; jam autem, eo deducto, tantum supersunt bona; vocatur etiam pars bonorum in *L.* 6 *cod. h. t.*, deinde jure veteri poterat etiam relinqui titulo legati, mortis causa donationis, poterat etiam inter vivos donari, eo autem titulo relicta, certo erat pars bonorum.

Obj. Legitima ast pars partis ab intestato debitae, ab intestato autem debetur hereditas vel pars ejus. R. Definitio haec accipi dabet de parte bonorum desumenda ex parto ab intestato debita, deducto scilicet aere alieno, prout etiam jure veteri accipiebatur.

Inst. Jure novo debet relinqui titulo institutionis. R. Licet legitima capiatur titulo institutionis, exinde non sequitur quod sit pars hereditatis, non magis quam res certa, quae titulo institutionis capitur: scilicet quod titulo institutionis debeat relinqui, hoc favore liberorum est introductum, adeoque contra ipsos non debet retorqueri, ut exinde inferri non possit, quod jam magis sit pars hereditatis, quam anta eam sanctionem fuerat.

Obj. *L.* 27 § 13 *ff. ad senat. consult. Treb.*, ubi legitima patroni vocatur pars hereditatis. R.

Sic vocatur, habita ratione tituli, quia scilicet titulo institutionis erat relicta.

Obj. Suppono quod unicus sit filius in triente institutus, datis duobus coheredibus, talis erit heres ex triente. ℟. Filius talis poterit agnoscere hunc trientem, ut partem hereditatis, si velit, vel ut legitimam tantum: et hoc ultimo casu non habebit nisi partem bonorum, cum ipsi liberum sit dicere, *sum contentus cum mea legitima, nec aliud habere volo.*

Inst. Filius in legitima institutus gaudet jure accrescendi. ℟. Eodem modo sicuti heres ex re certa institutus, adeoque hoc non probat quod habeat partem hereditatis.

Inst. In praecedenti supposito, ubi habebat duos coheredes, uno ipsorum deficiente, etiam haberet jus accrescendi, quamvis heres ex re certa institutus non haberet. ℟. Distinguo: si maluerit legitimam habere ut partem hereditatis, concedo: si eam tantum agnoverit ut partem bonorum, nego; cum tunc non magis sit habiturus jus accrescendi, quam heres in re certa institutus.

§ XVI.

An exeredatus facit alteri partem in legitima? ℟. Affirmativo, idque indistincte; itaque si fingamus, quod aliquis sex habens filios, et in bonis 12.000, quinque filios exheredaverit, sextum in legitima instituerit, et extraneum heredem scripserit, filius in legitima institutus tantum accipiet 1,000; etenim ut sciatur quantitas legitimae, inspici debet quantum is, de cujus legitima est quaestio, ab intestato habuisset; in supposito autem tantum habuisset 2,000; legitima autem, cum sint sex filii, est semis. ergo 1,000 habebit: probatur quoque haec sententia evidenter ex *L* 8 § 8 *h. t.*

Obj. Illi exheredati nil accipiunt, ergo non debent computari. ℟. Ab intestato tamen potuissent succedere, quod sufficit ut computentur, idque definitio legitimae satis probat.

Inst. Filia quae vi statuti excluderetur ab intestato, non computaretur, nec partem faceret, uti nec filii, si essent monachi. ℟. Quia in casu objecto non potuissent ab intestato succedere, secus ac exheredati in casu nostro; adde quod monachi debeant haberi pro mortuis.

Inst. Atqui exheredati etiam debent pro mortuis haberi; hoc enim dicitur in *L.* 1 § 5 *de conj. cum emancip. lib.* ℟. In casu legis objectae habentur pro mortuis, sed non in casu nostro; cum in successione ab intestato certo pro mortuis habiti non fuissent.

Sed cur in lege objecta exheredatus pro mortuo habetur? ℟. Jure veteri, si pater emancipasset filium, retentis nepotibus ex eo in potestate, filius emancipatus de jure civili non poterat succedere patri; sed praetor, cui hoc durum videbatur, in successione conjungebat emancipatum cum nepotibus, qui nepotes de jure civili admittebantur; ita autem emancipatum cum nepotibus conjungebat, ut emancipato daret semissem, et nepotes ex eo quotquot essent alium semissem caperent; quod si nepotes omnes abstinerent, nil ex ea parte caeteris filiis, patruis nepotum accrescebat, sed soli patri (*L.* 1 §. 12 *ff. de conjung. cum emancipatis lib.*). Quod si contra pater nepotum emancipatus repudiaverit beneficium praetoris, vel propter exheredationem illud habere non posset, tum nepotes in potestate retenti succedebant avo cum suis patruis, perinde ac si emancipatus eorum pater esset mortuus. Igitur cum in lege objecta dicatur patruus eorum nepotum in potestate existens esse praeteritus, et pater exheredatus, nepotes admittendi erant; nam pater eorum exheredatus pro mortuo habebatur, scilicet quatenus liberis suis in bonorum possessione a praetore non jungebatur. Hac itaque tantum ratione pro mortuo habetur, non vero respectu querelae, sed nec respectu successionis ab intestato, quae sola in hac quaestione debet spectari.

Inst. Sufficit quod exheredatus nil accipiat, ut non faciat partem alteri (*L.* 10 § 4 *ff. de bon. poss. contr. tab.*). ℟. Ideo exheredatus partem non facit aliis, qui veniunt per bonorum possessionem contra tabulas, quia respectu bonorum possessionis pro mortuo exheredatus habetur, cum testamentum, contra quod praetor dabat bonorum possessionem contra tabulas, non haberetur ab ipso pro nullo quoad exheredationem (*L.* 8 *pr. ff. de bon. poss. contra tab.*); sed exinde non sequitur quod quoad querelam debeat pro mortuo haberi. contrarium enim docet citata *L.* 8, nec etiam quoad successionem ab intestato.

Obj. Saltem dum exheredatus repudiat, non potest partem facere ei, qui in legitima est institutus; nam illa repudiatio in successione ab intestato alteri prodesset. ℟. Repudiatio unius in successione ab intestato prodesset alteri, quia in ea successione essent conjuncti; at hic exheredatus nullo modo conjunctus est cum eo, qui in legitima est institutus, adeoque nec jus accrescendi potest locum habere.

Obj. Omnes liberi sunt in legitima conjuncti, nam secundum *nov.* 18 *cap.* 1, legitima omnium est triens vel semis. ℟. Non omnibus simul et in globo, sed unicuique sua per leges assignata est legitima, olim scilicet quarta pars ejus quod ad quemlibet ab intestato pervenisset (*L.* 8 § 8 *ff. h. t.*), et nil aliud mutavit Justinianus in *nov.* 18 *cap.* 1, quam quoad augmentum legitimae.

§ XVII.

Quid si minus legitima relictum inveniatur ei, cui debuisset relinqui? Olim dabatur querela; at jure novo voluit Imperator, ut tali casu querela ces-

Digitized by Google

saret, modo vel minimum quid pro legitima sit relictum, utque daretur actio ad supplementum legitimae (*L* 30 *princ. cod. h. t.*): hoc supplementum itaque petitur per condictionem ex lege; videtur tamen ex *L.* 34 *eod. h. t.*, quod huic actioni praescribatur quinquennio sicuti querelae in verbis *nisi certa*, item quod jus petendi supplementum non transmittatur ad heredes, non magis quam querela, idque quia haec actio ad supplementum surrogata est in locum querelae. Nota etiam quod post *nov.* 115 *cap.* 3 *pr.* legitima debeat institutionis titulo relinqui, eum tamen olim alio quovis titulo relinqui posset.

§ XVIII.

Quid si legitima relinquatur sub onere? Nullum onus, nullum gravamen legitimae imponi potest, quod si fuerit impositum, pro non adjecto debet haberi (*L.* 30 *pr.*, *L.* 32, *L.* 36 *pr.* et §. 1 *cod. h.t.*), idque sive per modum conditionis, sive aliter appositum sit. Non potest etiam legitima relinqui in fructibus aut nuda proprietate, sed e rebus substantiae paternae (*L.* 36 *in fin cod. h. t.*), quod in tantum obtinet, ut, si pater filio nudam proprietatem reliquerit, et usumfructum omnium bonorum alteri, filius non tantum habiturus sit nudam proprietatem omnium bonorum, sed praeterea usumfructum legitimae (*nov.* 18 *cap.* 3); si tamen pater dixisset, volo ut filius meus contentus sit eum nuda proprietate omnium bonorum, aut si hoc non velit, ut tum tantum habeat legitimam; tunc filius, cui liberum est legitimam gravatam non habere, alterutra debet esse contentus. Eodem modo, si pater filium ex asse institutum fideicommisso universali gravaverit, ejus legitima ab hoc fideicommisso subducetur; sed si dixisset, volo ut sua legitima sit contentus, vel ut, si malit, totam hereditatem habeat sub onere fideicommissi, et filius praeferat habere totam hereditatem, legitima tali casu ab hoc fideicommisso non subducetur, cum filius hereditatem eligens sponte huic oneri acquieverit.

§ XIX.

Cessat querela, si exheredatus alia vis ad hereditatem pervenire possit; hinc filius a patre praeteritus numquam habet querelam, uti nec impubes arrogatus (*L.* 8 § 15 *ff. h. t.*).

Cessat etiam, si exheredatus agnoverit judicium defuncti, ut si querelam repudiaverit (*L.* 17 *pr. ff. h. t.*); vel post litem motam aut praeparatam fraude heredis non deceptus dereliquerit (*L.* 15 § 1, *L.* 20 *pr. ff. h. t.*); aut alias testatoris voluntatem post ejus mortem probaverit (*L.* 31 § *ult. ff. h. t.*). Aliud dicendum, si vivo patre promiserit se non moturum querelam (*L.* 35 § 1 *cod. h. t.*), tacite intelligitur approbasse judicium defuncti in exemplis *L.* 8 § 10, *L.* 23 § 1, *L.* 31 § 3, *L.* 32 *ff. h. t.*: quod tamen dicitur, eum, qui conditionis implendae causa aliquid a legatario accepit, vel eum, qui legatarium pro tali agnoverit, excludi a querela, jure novo mutatum esse, et non amplius obtinere, verius est, cum nil impediat judicium defuncti agnoscere quoad legata, et non agnoscere quoad heredis institutionem, quae jure novo sola evertitur per querelam.

§ XX.

An idem dicendum, si legatum sibi relictum exheredatus admiserit? Hoc vult Voetius, sed verius est, talem de jure novo non minus repellendum a querela, quam jure veteri; etenim non minus novo, quam veteri jure per acceptationem legati judicium defuncti agnoscitur, quod sufficit, ut agnoscens repellatur a querela (*L.* 10 § 1 *ff. h.t.*): huc facit argumentum *L.* 3 § *ult. ff. de bonor. poss. contra tabulas*, *L.* 5 § 2 *ff. de leg. praest. contr. tab. bon. poss. petita*.

Obj. Jure novo haec duo possunt simul subsistere, agnoscere judicium defuncti quoad legata, et improbare quoad institutionem. R. Sed non potest agnoscere et habere legatum sibi relictum pro ea parte, pro qua vult esse heres, adeoque in totum agnoscens legatum sibi relictum, omnino probavit judicium defuncti, qui judicavit eum pro nulla parte debere esse heredem, sed contentum esse debere legato, quod ipsi forte in vicem hereditatis reliquit.

Si tamen legatum exheredatus agnoverit, ignorans illud codicillis sibi ademptum esse, non erit a querela repellendus, eum tantum videatur a querela recessisse, si legatum ipsi valide relictum, et non ademptum agnoverit (*L.* 12 § 2 *ff. h. t*).

Cessat querela, si exheredatus eam intra quinquennium non intentaverit, quod tempus computandum non est a die mortis, sed a die aditae hereditatis (*L.* 8 § *ult. ff. h.t.*, *L.* 36 § 2 *cod. h.t.*).

Cessat quoque querela exemplo actionis injuriarum, si exheredatus decesserit antequam eam praeparaverit (*L.* 6 § *ult.*, *L.* 7 *ff. h. t.*), excepto tamen casu *L.* 34 *cod. h. t.*

§ XXI.

Sed cum querela non possit institui ante aditam hereditatem, quid juris, si heres institutus moram fecerit in adeunda vel repudianda hereditate? R. Officio judicis potest heres compelli, ut intra certum tempus ipsi praefigendum, hereditatem adeat vel repudiet (*L.* 36 § 2 *cod. h. t.*).

Cessat querela, si testator sit miles (*L.* 8 § 4, *L.* 27 § 2 *ff. h. t.*); et quidem imperator *in l. ult. cod. h. t.* concessit omnibus, qui peculium castrense vel quasi castrense haberent, ut de eo libere testari possent, absque metu querelae, et tamen in *nov.* 115 *cap.* 4 *pr.* statuit ut liberorum testa-

Digitized by Google

menta querelae parentum sint subjecta, si justa de causa parentes non sint exheredati, quatenus liberi habent testandi licentiam; jam autem eam licentiam tantum habent filii in peculio castrensi vel quasi castrensi, ut eatenus *L. ult. cod. h. t.* derogasse eredibile sit.

Cessat querela, si exheredatio bona mente sit facta, ut potius prosit quam noceat exheredato: exemplum exheredationis bona mente factae vide in *L.* 16 § 2 *ff. de curat. fur.*, ubi filius prodigus exheredatus erat, item in *L.* 18 *ff de lib. et post.*, sicuti cessat querela, si pater filio impuberi substituerit pupillariter, praeterita matre impuberis, vel praeterito fratre suo (*L.* 8 § 5 *ff. h. t.*).

§ XXII.

Cessat querela, si exheredatio sit justa. Ut autem exheredatio juste fiat, necesse est, ut fiat propter causam ingratitudinis, eaque causa debet exprimi in testamento, hoc est, quod dicimus exheredationem debere fieri cum elogio: debet autem ea causa probari per heredem scriptum. Haec omnia jure veteri aliter se habebant; tunc enim necesse non erat, ut exheredatio cum elogio fieret, nec heres ullam exheredandi causam probare debebat; sed is qui exheredatus erat, debebat probare se nullam justam exheredandi causam praebuisse: praeterea causae exheredationis olim non erant determinatae, sed ab arbitrio judicis pendebant; hodie vero certae ae determinatae sunt, scilicet quatuor decim causae, ob quas liberi a parentibus exheredari possunt, quae recensentur in *nov.* 115 *cap.* 3; octo tantum causae, ob quas parentes a liberis possunt exheredari (*ead. nov. cap.* 4); tres sunt tantum causae, ob quas fratres a fratribus possunt exheredari (*nov.* 22 *cap.* 47 *pr.*). Vultque Imperator, ut non aliae causae a judicibus admittantur, quam illae quas ibidem recenset.

§ XXIII.

Hinc quaeritur an ob alias causas aeque graves aut graviores exheredatio possit fieri? Videtur quod Imperatoris mens fuerit non omnes species in individuo enumerare, sed tantum certa genera causarum, ut ex *nov.* 115 *cap.* 3 § 2 erui potest: recte itaque videtur sentire Huberus, qui admittit alias causas aeque graves aut graviores in eodem genere, sed non leviores, neque atrociores in alio genere; sic. v. g. absurdum foret, quod filius non posset exheredari, si patrem carcere inclusum sua fidejussione non liberaverit, at alterius generis causae non possunt admitti, eaque ratione filius, qui lenocinium exerceret, non posset exheredari, licet posset ille qui mimos sequitur, eo quod hae causae, quantum ad genus, inter se differant.

Obj. Nequidem ejusdem generis aliae causae admitti possunt; nam Imperator voluit eas ad certum numerum redigere. ℟. Non voluit praecise singulas causas enarrare, sed tantum genera ad certum numerum redigere.

Inst. Atqui voluit enumerare species singulas; nam pro liberis praecise statuit quatuordecim causas, vultque enixe ut judices non admittant alias. ℟. Imperator tantum voluit emendare licentiam juris antiqui, quo causae erant arbitrariae; arbitrariae autem non erunt, si tantum aeque graves vel graviores in eodem genere admittamus.

Inst. Pro fratribus enumeravit non genera, sed species ℟. Strictius inhibetur exheredatio fratrum, quam liberorum aut parentum, quia fratres de exheredatione queri non possunt, nisi in praelatione turpis personae.

§ XXIV.

Sed quid, si exheredatio sine elogio, id est sine expressione causae facta sit, an tale testamentum erit nullum, an vero valebit, et an per querelam rescindetur? ℟. Verius est quod valeat; etenim talis exheredatio est quidem injusta, sed tamen rite facta.

Obj. Quod fit contra leges nullum est. ℟. Nisi lex alia poena sit contenta, prout hic contenta est, quod detur querela.

Inst. Sic praescriptum legis posset negligi. ℟. Nullo modo, nam querelam movens certe vincet, quod non foret, si ea expressa esset.

Inst. Ex tali testamento nullum liberis praejudicium debet generari. ℟. Nec generatur, cum certe victoriam sint obtenturi.

Inst. Sed querela tantum durat quinquennio, alia actio 30 annis. ℟. Quod non moveant querelam intra quinquennium, hoc suae negligentiae imputent, non testamento.

Inst. Potest fieri quod commiserint justam causam, quae expressa non est. ℟. Hoc nil facit, nam judex non potest admittere aliam, quam quae testamento expressa est.

DIGRESSIO

AD

TITULUM XXIX LIBRI III CODICIS

DE INOFFICIOSIS DONATIONIBUS.

§ I.

Cum querela inofficiosi facile posset elodi per donationes inofficiosas, ideo ad exemplum querelae inofficiosi testamenti introducta est querela inofficiosae donationis, quae tunc datur, quando per do-

nâtiones ita facultates donantis sunt exhaustae, ut legitima non sit salva iis, quibus relinqui debuisset, modo scilicet post *nov*. 92 ipsis nil relictum sit; si autem aliquid institutionis titulo relictum sit, non dabitur querela inofficiosae donationis, sed tantum actio ad supplementum legitimae adversus donatarium. Itaque tunc haec querela compelit, quando nil penitus institutionis titulo his personis relictum est, puta quod sint injuste exheredati vel praeteriti, et querela inofficiosi non sufficeret ipsis ad obtinendam legitimam, quae per donationes inofficiosas erat laesa. Haec autem inofficiosae donationis quarela in plerisque similis est querelaa inofficiosi testamenti (*L. ult. cod. h. t.*); differt tamen in eo, quod haec numquam possit dari, nisi validum existat testamentum, et contra scriptum heredem tantum, dum hereditas per ipsum adita fuit, quodque possit tantum competere ei, qui injuste exheredatus vel praeteritus est. Illa autem etiam dari potest, dum nullum existit testamentum, daturque contra donatarium inter vivos tantum, competitque etiam heredi, sive ab intestato, sive ex testamento sit heres.

§ II.

An per querelam inofficiosae donationis tantum evertitur donatio usque ad legitimam, et non tota? ℞. Ita quidem plerique interpretes sentiunt, sed tenendum est quod per querelam inofficiosae donationis tota donatio evertatur, id est pro tota parta ab intestato debita: ratio est quod, cum haec querela ad similitudinem alterius querelae sit introducta, eique similis sit existimanda, non potest quoad effectum admitti differeutia, uisi ea probetur; jam autem illa differentia probari nequit ex ullo juris textu, quinimo ex *L.* 87 § 3 *ff. de leg.* clare probatur, quod donatio per hanc querelam rescindatur pro tota parte ab intestato debita.

Obj. Utile per inutile non debet vitiari. ℞. Hoc tantum verum est, quaudo ab initio utile fuit separatum ab inutili, sive quando sunt duo actus, non item quando est unicus.

Inst. Atqui etiam dum unicus est actus, exemplo donationis factae sine insinuatione, quae unica est, et tantum vitiatur quoad excessum. ℞. In casu objecto hoc speciale est, eo quod *L.* 34 *pr.*, *et L.* 36 § 3 *cod. de don.* tantum velint excessum vitiari.

Obj. Si plures essent donationes, et posterior tantum laederet legitimam, sola posterior posset revocari. ℞. Quia tunc sunt plures donationes, et tantum posterior est inofficiosa.

Obj. *L.* 7 *cod. h. t.*, ubi dicitur revocari quod immoderate gestum est. ℞. Non dicitur revocari *quatenus*, sed *quod immoderate gestum est*; tota autem donatio est immoderata et inofficiosa, eodem modo quo testamentum dicitur inofficiosum.

Obj. *L.* 5 *cod. h. t.*, ubi donatio tantum rescinditur usque ad legitimam. ℞. Sed ibidem non agitur de querela inofficiosae donationis, sed de alio casu, scilicet pater omne patrimonium suum donaverat liberis, qui tunc erant, et postea ei nati erant alii liberi; pater proinde, ut postea natis aliquid posset relinquere, ipsemet vult revocare donata; et imperatores ei tribuunt, ut possit revocari donatio ad hoc, ut liberi postea nati legitimam babeant. Non agitur ergo de querela inofficiosae donationis, cum hanc certe donator movere non possit, sed est specialis casus, ubi propter supernascentiam liberorum donatio usque ad legitimam eorum rescinditur, quod tamen non fieret, nisi legitima eorum esset laesa.

Obj. *L.* 2 *cod. h. t.* ℞. Ibidem non agitur de querela inofficiosae donationis, sed de casu, ubi pater omnia bona donaverat filio in potestate constituto, quo casu donatio erat nulla, et dicitur quod officio judicis familiae erciscundae conveniat, ut ex ea legitimam praestet alteri filio; aliud obtineret, ut ibidem dicitur, si donatio valeret, et esset inofficiosa, tunc enim per querelam tota rescinderetur.

Inst. Quando donatio est nulla, tunc servatur usque ad legitimam, ergo multo magis quando valet, ne id quod nullum est majorem habeat effectum, quam id quod non valet. ℞. Dum donatio est nulla, quia facta est filio in potestate constituto, tunc ea, quantum fieri potest, officio judicis familiae erciscundae servatur ut ultima patris voluntas ab intestato; non potest autem meliori ratione servari, quam detracta aliorum legitima adeoque sic servabitur; at dum est inofficiosa suis viribus nititur, et consequenter per querelam debet rescindi.

Inst. Illa donatio licet nulla, morte patris confirmatur (*L.* 25 *cod. de donat. inter vir. et ux.*). ℞. De jure novo, concedo, sed non de jure, quod obtinebat tempore *L.* 2 *cod. h. t.*; hinc jure novo videtur quod adversus talem donationem danda esset querela.

Obj. *L.* 8 *cod. h. t.* ℞. Quod ibidem dicitur, *pro ratione quartae donationem minui*, intelligi debet de quarta totius hereditatis, non de quarta legitima, etenim ibidem erant quatuor filii, et sic unicuique ab intestato debebatur quarta pars hereditatis: verum est quod non dicatur fuisse quatuor filios, sed tamen evidens est, quod fuerint plures; quodque fuerint quatuor colligere ex eo, quod dicitur *donationem minui ad instar testamenti inofficiosi*; hoc autem minuitur pro tota parte ab intestato debita.

§ III.

Quandonam donatio dicitur inofficiosa? ℞. Quando laedit legitimam ejus, qui eam consequi debuisset, et ut hoc videatur, aestimandum est quid in bonis babuisset donator, si non donasset, et utrum filius, hoc calculo facto, legitimam habeat nec ne;

quam si non habeat, inofficiosa erit donatio. Quid ergo si diversis temporibus donaverit, et tantum posterior donatio laedat legitimam? ℟. Sola posterior potest revocari, com ea sola sit inofficiosa, et diversorum temporum siot donationes, ita ut priores non laedant legitimam.

Obj. Omnia legata aequaliter per Falcidiam minnuotur. ℟. Sed omnia legata relicta sunt tempore mortis; at donationes sunt diversorum temporum.

Obj. *L.* 1 § 11 *ff si quid in fraud.* ℟. Agitur ibi de casu, quo pluribus eadem res et eodem tempore donata est; quod colligitur ex eo, quod dicatur *vel pluribus mortis causa*, quibus verbis donationem pluribus factam eodem tempore intelligimus.

TITULUS III.

DE HEREDITATIS PETITIONE.

§ I. An petitio hereditatis sit realis, an mixta.
§ II. Quid probare debeat qui petit hereditatem.
§ III. Cui detur petitio hereditatis.
§ IV. Contra quos.
§ V. De senatusconsulto habito sub Hadriano.
§ VI. An detur petitio hereditatis contra emptorem hereditatis.
§ VII. De effectu petitionis hereditatis.
§ VIII. Quaenam veniant in petitionem hereditatis, quodnam tempus inspiciendum sit, ut sciatur an possessor sit locupletior factus.
§ IX. Quomodo tenebitur possessor, si ex pecunia hereditaria res aliquas comparaverit.
§ X. Explicatur *L.* 22 *ff. h. t.*
§ XI. Quid si possessor rem alienam forte in hereditate repertam alienaverit, an de pretio conveniri poterit.
§ XII. Quid si possessor indebitum solverit.
§ XIII. An verus heres non poterit res hereditarias a possessore distractas repetere.
§ XIV. Quae sit conditio bonae fidei possessoris post litem contestatam.
§ XV. Quae sit malae fidei possessoris conditio tam ante, quam post litem contestatam.
§ XVI. Quid si res perierit apud emptorem eodem modo, quo periisset apud malae fidei possessorem.
§ XVII. Quid de impensis in utroque possessore.

§ I.

In hoc titulo agitur de petenda hereditate, non jam per rescissionem testamenti, ut in superiori titulo, sed directo, vel ex ipso testamento, vel ab intestato, si nullum validum extet testamentum, aut etiam ex eodem non sit adita hereditas. Haec actio realis est et universalis, qua quis petit declarari heres, et in consequentiam petit res hereditarias a quolibet eas possidente titulo *pro herede* vel *pro possessore*. Est haec actio realis, non personalis vel mixta, ut plurimi volunt, idque clare probat *L.* 25 § 18 *ff. h. t.*, ubi dicitur « *petitio hereditatis, etsi in rem sit actio, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum* ». Dicit ergo aperte eam esse in rem actionem, et quidem tamquam singulare refert, quod in eam veniant praestationes personales; jam vero nihil foret singulare, si esset personalis, vel mixta: deinde J. C. inter haec facit oppositionem, quod cum sit in rem actio, tamen in eam veniant praestationes personales: jam autem si mixta foret, nulla esset oppositio ex eo, quod in eam veniant praestationes personales. Et profecto an aliqua actio sit realis, ex duobus dignoscitur: primo, si detur contra quemcumque possessorem ex eo quod possideat, ita ut rem illam a se abdicando se liberet ab actione intentata; quod aliter se habet in actionibus personalibus, in quibus per derelictionem vel abdicationem non liberamur, cum enim obligatio personalis non nisi certis modis in jure oriatur, sic etiam non nisi certis modis jure constitutis dissolvitur, aut perimitur, talis autem non est abdicatio, vel derelictio: jam vero possessor hereditatis, qui res aliquas hereditarias possidet, easdem derelinquendo se liberat a petitione hereditatis, ita ut amplius conveniri nequeat (*L.* 13 § 14 *ff. h. t.*): secundo, actio ex eo quoque dignoscitur esse realis, si oriatur ex aliquo jure reali scilicet dominii, hereditatis, servitutis et pignoris, ex quibus per se patet petitionem hereditatis nasci ex jure reali.

Nec obstat *L.* 7 *cod. h. t*, in qua dicitur, *cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat*; nam imperator per *personales actiones* intellexit praestationes personales, uti etiam Ulpianus in *L.* 22 § 4 *ff. fam. ercisc.*, ubi ait *familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus, atque praestationibus, quae sunt personales actiones*. Ecce hic J. C. manifesto per actiones personales intellexit praestationes personales, cur non etiam imperatorem diceremus similiter haec verba accepisse?

Est etiam haec actio universalis, saltem intentione ipsius actoris; is enim petit, se per judicem declarari heredem, et in consequentiam petit omnes res, omniaque jura hereditaria. In exitu tamen aliquando contingit, ut heres tantum aliquas res, quinimo forte tantum unam consequatur, si nimirum is, qui hac actione conventus est, tantum unam aut alteram rem hereditariam possederit (*L.* 13 § *ult.*, et *L.* 14 *ff. h. t.*).

§ II.

Qui hac actione agit, duo probare debet: primo, se esse heredem vel ex testamento, vel ab intestato: et secundo, reum res aliquas hereditarias possidere. Et quidem si petat hereditatem ex testamento, sufficit aliquod testamentum adferre, in quo scriptus est heres, nec debet probare testamentum valere; sed si reus contendat hoc testamentum esse invalidum aut ruptum per aliud posterius, ejus probatio ipsi reo incumbit; testamentum enim sicuti aliud quodvis negotium semper praesumitur recte gestum ac conditum, et ita semel perfectum non prae-

Digitized by Google

sumitur infirmatum, nisi hoc probetur, cujus proinde probatio alleganti incumbit.

Si quis petat hereditatem ab intestato, tunc vel eam petit ab extraneo vel a propinquo: si eam petat a propinquo, probare debet se esse propinquiorem, si petat totam hereditatem: si vero partem petat, saltem probare debet se esse aeque propinquum: si autem petat hereditatem ab extraneo, sufficit probare se esse propinquum. Sed quid, si possessor petitione hereditatis conventos, probare paratus sit existere proximiorem, an erit audiendus, et si hoc probaverit, an adhuc petitio hereditatis cum effectu poterit intentari? ℟. Negative; quia dum possessor probat existere aliquem proximiorem, hoc ipso probat actorem non habere jus agendi; non potest enim hereditas deferri eodem tempore duobus in diverso gradu constitutis.

Nec obstat quod exceptio de jure tertii in jure non admittatur; quia hoc fallit, si illa exceptio sit elisiva juris agentis, hoc est si probet actorem non habere jus agendi; tunc enim cum cesset fundamentum ejus intentionis, etiam cum effectu amplius agere non poterit.

Nec obstat quod si secundus creditor hypothecaria agat, non possit a possessore repelli ex eo, quod existat anterior creditor, qui potiora jura in ea re habet, quia tunc ista exceptio non est elisiva juris ipsius actoris; nihil enim implicat quominus plures uno et eodem tempore habeant hypothecam in eadem re; hypotheca enim constituitur in securitatem debiti, jam autem potest una et eadem res pluribus praestare securitatem; nihil ergo impedit quominus pluribus una et eadem res oppignoretur, non tantum simul, sed etiam successive, sed non potest una et eadem hereditas deferri pluribus in diverso gradu constitutis.

§ III.

Datur petitio hereditatis vero heredi; sed quid si tempore litis contestatae needum esset heres, forte quia hereditas ipsi needum deferretur, postea autem, sed ante sententiam, ei deferatur, an possessor condemnabitur? ℟. Negative; sed actor erit condemnandus in omnes expensas litis, sic tamen, ut is possit instituere novam hereditatis petitionem, postquam factus erit heres (*L.* 23 *ff. de judiciis*), in qua dicitur: *non potest videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est*; itaque juxta hanc legem judex tantum potest judicare de eo, quod in judicium deductum est, jam autem in judicium deductum est jus, quod haberet tempore litis contestatae, non vero illud quod postea forte habere posset, illud enim hic et nunc in judicium deduci non potest; ergo judex non potest judicare de eo jure, quod post litem contestatam acquisivit. Et sane cum actor tempore litis contestatae needum esset heres, possessor recte cum eo litem contestatus est, nec tenebatur actori, utpote omni jure experti, restituere res hereditarias; cum igitur recte litem contestatus sit, non poterit certo condemnari, sed contra ipse actor erit condemnandus in expensas litis malae intentatae. Vide Vinnium *ad inst. lib.* 4 *tit.* 6 § 1 *n.* 16.

§ IV.

Petitio hereditatis tantum datur contra eum qui totam hereditatem, aut partem ejusdem, vel etiam rem aliquam hereditariam possidet titulo *pro herede* vel *pro possessore* (*L.* 9 *ff. h. t.*): *pro herede*, juxta *L.* 11 *ff. eod.*, dicitur possidere, qui vel putat se heredem esse, vel quamvis sciat se heredem non esse, dicit tamen se heredem esse: *pro possessore* autem, juxta *L.* 11 § 1, *L.* 12 et 13 *ff. h. t.*, dicitur possidere qui nullum titulum habet, vel quidem habet, sed eum allegare non vult, aut etiam quidem titulum allegat sed invalidum.

Sed undenam heres sciet, quo titulo possideat? ℟. Poterit desuper interrogare possessorem, qui interrogatus cogetur edere titulum possessionis (vide *L.* 11 *cod. h. t.*), sed dicet quis: si agam rei vindicatione, vel alia quavis actione reali, non tenetur possessor edere titulum suae possessionis, cur ergo in petitione hereditatis ad id tenetur? ℟. Quia in caeteris actionibus non interest actoris scire quo titulo possessor possideat; si enim v. g. agat rei vindicatione, debet probare dominium, quocumquo titulo possessor possideat, eoque probato, rem suam recuperabit; nullo ergo modo ejus interest scire, quo titulo possessor rem teneat. Aliud est in petitione hereditatis, cum enim haec tantum detur contra *pro herede* vel *pro possessore* possidentem, non vero contra alio quovis titulo possidentem, v. g. pro emptore, donatario etc., contra quos rei vindicatio est intentanda: multum interest scire quo titulo possideat, nam in reivindicatione debet probari dominium, quod saepe admodum difficulter probatur, ubi in petitione hereditatis sufficit probare actori se esse heredem, et rem illam, quam alter possidet, esse ex hereditate, quod plerumque non ita difficulter probatur.

§ V.

Datur itaque petitio hereditatis contra eum, qui hereditatem aut saltem aliquam rem hereditariam possidet titulo pro herede vel possessore, hoc est contra illos, qui nullum justum titulum habent, aut saltem non volunt allegare: et quidem ante senatus-consultum, cujus fit mentio in *L.* 20 § 6 *ff. h. t.*, contra hos solos petitio hereditatis dabatur, sed post hoc senatus-consultum etiam datur contra eum, qui dolo malo possidere desiit, ut constat ex *L.* 13 § 14 *ff. h. t.*, hoc ipso scilicet pro possesso-

re habetur, et perinde adhuc conveniri poterit, ac si possideret. Hoc primo statutum fuit in eo, qui dolo malo nactus fuerat possessionem, ut constat ex *L.* 25 § 5 *ff h. t.*; sed postea interpretatione jurisconsultorum ex mente senatusconsulti hoc etiam extensum fuit ad illos, qui ab initio quidem bona fide possidere coeperant, sed postea coeperunt scire hereditatem ad se non pertinere, ut monet Ulpianus in dicta *L.* 25 § 5, sic ait: *de eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente praedonis res hereditarias apprehendit, quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendae possessionis, postea vero conscius ad se nihil hereditatis pertinere, praedonio more versari coepit, nihil senatus loqui videtur, puto tamen et ad eum mentem senatusconsulti pertinere, parvi etenim refert ab initio quis dolose in hereditate sit versatus, an postea hoc facere coepit.*

Sed an hic non sufficiebat actio de dolo, quando possessor ita dolo malo possidere desiit? ℟. Negative; quia actio de dolo tantum datur de dolo, qui in contrahendo commissus est, et ita hic non erant termini habiles ad hanc actionem.

Senatusconsultum tantum locutum fuerat de iis, qui dolo malo possidere desierant, sic enim erant verba ejusdem, ut habetur in *L.* 20 § 6 *ff h. t.*; *item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent;* sed postea interpretatione jurisconsultorum hoc iterum extensum est ad eos, qui culpa possidere desiissent, ut constat ex *L.* 25 § 2 *ff. h. t.* Similiter quamvis senatusconsultum tantum loqueretur de possessore hereditatis, postea tamen interpretatione jurisconsultorum haec clausula senatusconsulti extensa fuit ad possessores rei singularis, ita quidem ut in qualibet actione hoc jam locum habeat, ut scilicet qui dolo malo possidere desiit rem aliquam, ratione cujus poterat conveniri, perinde conveniri possit, quasi adhuc possideret: itaque quando possessor dolo malo possidere desiit, si res adhuc extet, duo conveniri poterunt, et verus possessor qui rem tenet, et is qui dolo malo possidere desiit, idquo tam locum habet in reivindicatione, quam in petitione hereditatis. Unde queri potest, quid si dominus vel heres contra unum ex ipsis egerit, et consecutus sit aestimationem, an adhuc ab altero petere possit? Et juxta *L.* 13 § 14 *ff. h. t.*, item *L.* 70 *ff. de rei vind.* distinguendum est: an actor consecutus sit aestimationem a doloso, an quidem a vero rei possessore; ut si quidem consecutus sit aestimationem a vero rei possessore, res ipsa amplius peti non possit a doloso; si vero actor consecutus sit aestimationem a doloso, res ipsa adhuc peti possit a vero possessore. Ratio ejus haec est: quod quamvis verus heres consecutus sit rei aestimationem a doloso, non propterea desit esse dominus, nec dominium ab ipso est translatum, quia aestimationem accepit ex eo, quod possessor ipsi rem non restitueret, in quam jam erat condemnatus, unde is invitus eam accepit, maluisset enim rem ipsam habere, quam aestimationem; non potest ergo intelligi dominium translatum ex ejus voluntate; sed nec etiam ei invito dominium auferri debet, cum nemo invitus debeat privari dominio rei suae, nisi id postulet vel utilitas publica, vel praegnantissima aequitatis ratio, qualis certo hic non intervenit, cum possessor, ut supponitur, dolo malo effecisset, ut restituere non possit rem, ad cujus restitutionem actori tenebatur. Praeterea in potestate ipsius possessoris foret dominum sic in effectu cogere invitum ad vendendum rem suam; posset enim semper condemnatus denegare restitutionem ejusdem, vel etiam antequam condemnetur rem in alium transferre, vel alio modo a se abdicare.

Non obstat quod non debeat quis his idem petere, et ita quando semel petiit rem a doloso, et is condemnatus aestimationem praestitit, non possit amplius rem ipsam petere a possessore; nam quod dicitur *neminem posse bis idem petere*, hoc ita intelligendum est, si idem petat ab eadem persona, et primo petens cum effectu consecutus sit rem; hic vero neque his petitur idem ab eadem persona, neque etiam primo rem petens a doloso eam est consecutus.

Magis obstat quod si dominus, vel verus heres convenerit ipsum possessorem, et ab eo consecutus sit rei aestimationem, non possit amplius dolosus conveniri; ergo a fortiori si dolosus conventus praestiterit aestimationem, non potest amplius conveniri possessor, melioris enim conditionis videtur esse possessor, qui forte bona fide possidet, quam ipse dolosus? ℟. Pro solutione notandum, quod si possessor condemnatus sit ad rei restitutionem, tunc eam absolute restituere debeat, nisi forte actor volens aestimationem receperit, quod si factum sit, jam ex voluntate ipsius actoris dominium intelligetur translatum. Si autem possessor rem ipsam restituerit, jam in totum est sublatum fundamentum actionis ipsius actoris, cum jam habeat quod petierat; quod si forte possessor nolit restituere rem, manu militari officio judicis ei auferetur, et sic iterum erit sublatum fundamentum ipsius actoris. Quod si post litem contestatam possidere desierit, vel quidem rem adhuc habeat, sed ita absconderit ut inveniri non possit, jam non tantum condemnabitur ad veram aestimationem, sed in quantum actor in litem pro sua affectione juraverit: ubi autem hanc aestimationem in litem consecutus erit, tunc eo ipso dominium amittit illudque transfertur in possessorem, nec mirum eum jam privari dominio, cum non tantum veram aestimationem, sed quantum ipse pro sua affectione rem aestimaverit, sit consecutus, et ita tunc nulla potest ei videri facta injuria (*L.* 68 *ff. de rei vind.*). Itaque disparitas inter utrum-

Digitized by Google

que casum est, quod in casu quo egit contra dolosum et consecutus est aestimationem, dominium adhuc retineat, vi cujus rem suam penes quemcumqua existentem potest vindicare; sed quando egit contra possessorem, et consecutus est aestimationem, dominium ab ipso est translatum in possessorem, consequenter deficit ipsi actio, qua posset convenire dolosum, actio enim ipsius fundabatur in dominio, quod cum sit translatum, etiam actionem amisit.

Obj. *L.* 10 *ff. de reb. eorum qui sub tutela*, in qua dicitur *quod si tutor illicite praedium pupilli vendiderit, et postea pupillus finita tutela, ea ratione contra eum egerit actione tutelae, et litis aestimationem consecutus sit, non possit amplius praedium ipsum vindicare*; ergo etiam, si dominus vel verus heres consecutus sit aestimationem a doloso, non poterit amplius rem ipsam vindicare a possessore. Ast disparitas est, quod pupillus agens actione tutelae contra suum tutorem, ratione hujus praedii per ipsum venditi, hoc ipso intelligatur consentire alienationi per tutorem factae, et ita cum sua voluntate dominium amiserit, non potest amplius illud vindicare; sed in casu nostro dominus invitus aestimationem accepit a doloso, et consequenter non potest videri consensisse in translationem dominii.

Obj. *L.* 14 *§. ult. ff. quod metus causa*, item *L.* 15 *eod.*, juxta quas, si metum passus egerit contra metum inferentem, et consecutus sit aestimationem, non poterit amplius rem ipsam repetere, ergo a pari. R'. Aliqui hanc dant solutionem, quod actio quod metus causa sit personalis, petitio autem hereditatis et reivindicatio sint reales, quia dantur contra quemcumque possessorem; sed profecto haec disparitas non videtur multum ad rem facere, quamvis enim actio quod metus causa sit personalis, est tamen in rem scripta, et sic datur contra quemcumque possessorem, ita ut hoc ipso imitetur actiones reales; itaque quaerenda erit alia disparitas. Vera autem haec est, quod actio quod metus causa non tam detur ob metum illatum, ut patet ex eo quod detur contra tertium possessorem, qui metum non intulit, quam potius ad indemnitatem consequendam; hanc autem consecutus est, dum recepit aestimationem; igitur nullam actionem habere potest contra rei possessorem: non sane actionem quod metus causa, haec enim tendit ad indemnitatem, quam jam inde est consecutus: non reivindicationem, quia is, qui per metum rem vendit donatve, tradendo dominium transfert, jam autem reivindicatio soli domino datur.

Datur etiam petitio hereditatis contra eum qui se liti obtulit, quamvis forte non possideret; is autem dicitur se liti offerre, qui conventus petitione hereditatis, quasi hereditatem aut res hereditarias possideret, nihil dicit, sed permittit se conveniri, quasi possideret: est tamen differentia, utrum agatur contra eum, qui vere possidet hereditatem et eum, qui nihil ex hereditate possidet, sed tantum se liti offert, scilicet quod verus possessor condemnetur ad restitutionem ipsarum rerum, si eas non praestet, cogatur prestare aestimationem earumdem, ubi si actum fuerit contra eum, qui se liti obtulit, et is dicat postea se nunquam possedisse aliquam rem ex hereditate, illudque etiam forte probet, is non sit condemnandus ad restitutionem ipsarum rerum, sed tantum in expensas litis, et id quod actoris interest, illum se liti non obtulisse; itaque si actor sciverit reum non possidere, nihil consequetur, quia jam ab eo non decipitur, sed ipse actor se ipsum decepit (vide *L.* 25 et 26 *ff. de reivind.*).

§ VI.

Jam videamus an petitio hereditatis non detur contra emptorem hereditatis, et an saltem non teneatur utili petitione hereditatis? Et generaliter quidem nec hac tenebitur, sed tamen certis casibus eadem convanirí poterit, qui enumerantur in *L.* 13 § 4 *et seqq. usq. ad* § 8 *ff. h. t.* Et quidem primo, emptor utili petitione hereditatis convaniri poterit, si forte venditor sit insolvendo, item si venditor bona fida parvo pretio hereditatem vendidit. His enim casibus non expedit vero heredi agere petitione hereditatis contra venditorem, a quo vel nihil vel admodum exiguum quid est consecuturus: praeterea ne heres emptorem cogatur tot singulis ac separatis reivindicationibus convenire, quot sunt res in hereditate ab emptore possessae, receptum est, ut his casibus eum utili hereditatis petitione convenire possit. Adhuc utilis petitio hereditatis contra emptorem dabitur, si emptor sciverit hereditatem ad venditorem non pertinere, quo casu aliqui, ut constat ex § 8 *cit.*, contendebant eum teneri directa hereditatis petitione, quasi pro possessore tamquam praedo hereditatem possideret, sed ut recte notat J.C., haec interpretatio admitti non potest, cum nemo possit dici praedo, qui pretium numeravit. Sed quid juris his casibus, quibus emptor tenetur utili hereditatis petitione circa fructus ab eo perceptis? Et siquidem mala fide possideat ante litem contestatam, tenebitur de fructibus quos percepit vel percipere potuit: post litem contestatam vero etiam tenebitur de illis, quos actor percipere potuisset, quamvis ipse percipere non potuerit. Haec aliter se habent, si bona fida hereditatem comparaverit; tunc enim tantum tenebitur de fructibus extantibus, cunsumptos autem lucrabitur ante litem contestatam. Et in eo differt emptor, qui utili petitione hereditatis convenitur, ab eo qui convenitur directa hereditatis petitione, quales sunt illi, qui pro herede vel pro possessore possident; hi enim non tantum tenentur de fructibus extantibus et ante litem contestatam perceptis, sed et etiam de consumptis, quatenus ex iis facti sunt locupletiores; ratio ejus haec est, quod emptor hereditatis

Digitized by Google

habeat omnia requisita, ut fructus percipiendo acquirat, habet enim bonam fidem, possessionem, justum titulum a parte rei subsistentem; jam autem bonae fidei possessor justum titulum habens fructus percipiendo acquirit, et eos consumptos lucratur, ut probat argumentum desumptum ex *L.* 4 § 2 *ff. finium regund.*; sed bonae fidei possessor hereditatis, qui pro herede vel pro possessore possidet, justum titulum non habet, putat quidem se heredem, sed ille error titulum supplere non potest: haec etiam confirmantur per *L.* 2 *cod. h. t.*, in qua dicitur: *si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam Museus ab herede scripto quaestionis illatae non ignarus comparavit, tam ipse, quasi malae fidei possessor, quam heredes ejus fructus restituere coguntur*. Dicit ergo quod si venditio hereditatis facta sit post litem contestatam, et emptor hoc non ignoraverit, ipse quasi malae fidei possessor de fructibus teneatur. (Prosequitur) *si vero venditionem lite antiquiorem esse liquido probetur, ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in judicium deducta est*. Dicit itaque quod si venditio praecesserit litis contestationem, et sic emptor bona fide hereditatem comparaverit, ante litem contestatam de fructibus non teneatur, quod est intelligendum de fructibus consumptis, nam de extantibus certo tenetur, cum bonae fidei possessor rei singularis etiam de extantibus teneatur, quo certo melioris conditionis non debet esse bonae fidei emptor hereditatis. Subjicitur ratio: *fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur a quo peti potest. Emptor autem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur*: quibus verbis hoc volunt imperatores, quod emptor hereditatis in casu eodem jure uti debeat, quo utitur possessor rei singularis in fructibus, jam vero bonae fidei possessor rei singularis, justum titulum habens, fructus consumptos lucratur; ergo cum etiam emptor hereditatis justum titulum habeat, fructus consumptos lucrari debet, extantes vero restituet, cum et bonae fidei possessor rei singularis hos reddere debeat, cujus jure emptor hereditatis juxta imperatores utitur. Nec quis cum Huberodicat, imperatores in hac lege non agere de emptore hereditatis, aut partis ejusdem, sed de emptore qui aliqua bona hereditaria ab herede emerat, et sic de possessore rei singularis. Fundat se Huberus initialibus verbis legis, ubi dicitur: *si post motam controversiam Menecratis bonorum partem dimidiam*, ergo ait, *agitur de eo qui partem dimidiam bonorum emit non hereditatis*. ℟. Satis certum est imperatores in tota hac lege tractare unicum ac simplicem casum, constat autem eos in posteriori parte legis agere de emptore hereditatis: ajunt enim: *fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest, emptor autem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur*; non agunt ergo de eo, qui rem singularem, sed de eo qui hereditatem possidebat. Sed instat Huberus: *hereditatem nunquam venire nomine bonorum, quamvis aliquando veniat nomine rei, atqui dicunt imperatores bonorum partem fuisse venditam*. ℟. Sed notandum, quod adita hereditate, desinat esse hereditas, et bona hereditaria incorporantur ipsius heredis patrimonio, idque in tantum verum est, ut nequidem ex senatusconsulto Trebelliano ipsa hereditas stricte loquendo transeat in fideicommissarium, sed tantum emolumentum hereditatis una cum oneribus; nam apud Romanos is qui semel fuerat heres, in perpetuum heres manebat, unde etiam, non obstante restitutione ex Trebelliano facta, ipse heres fiduciarius solus poterat et exercere actiones directas et solus iisdem conveniri; itaque recte imperatores dixerunt bonorum partem dimidiam fuisse venditam; nam et post venditionem ipse venditor adhuc directis actionibus tenetur et experiri potest.

§ VII.

Nunc videamus de effectu hujus actionis: et distinguendum apprime est inter bonae et malae fidei possessorem hereditatis, scilicet pro bonae fidei possessore hereditatis factum est senatusconsultum, quo cautum est ut bonae fidei possessor hereditatis ex hereditate, quam bona fide possidet tantum teneretur, quatenus est factus locupletior, unde de omnibus quae bona fide consumpsit non tenetur; senatusconsultum illud extat in *L.* 20 § 6 *ff. h. t.*, verba huc pertinentia sic se habent: *eos qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent*: quae verba J. C. explicans in *L.* 25 § 12 *ff. h. t.* sic ait: *consuluit senatusconsultum bonae fidei possessoribus, ne in totum damna adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur in quo locupletiores facti sunt; quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverint, perdiderint, dum re sua se abuti putant non praestabunt, nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverint*.

Sicut autem bonae fidei possessor tantum tenetur, quatenus est factus locupletior, sic etiam quidquid lucri ex hereditate vel occasione ejusdem est consecutus, id omne reddere debet vero heredi, unde in *cit. L.* 25 § 11 J. C. statuit quod si ratione donationis a se factae in rebus hereditariis, remunerationes acceperit, videatur eatenus factus locupletior, ideoque etiam de iis teneatur, quasi intervenisset quaedam permutatio.

Sed an haec clausula senatusconsulti, qua cavetur, ut bonae fidei possessor hereditatis tantum teneatur, quatenus est factus locupletior, etiam locum habet in bonae fidei possessore rei singularis? ℟.

Negative; ratio tamen dubitandi erat quod alia clausula senatusconsulti, scilicet illa qua cavetur ut is qui dolo malo possidere desiit, pro possessore habeatur, etiam sit extensa ad possessorem rei singularis, atque adeo merito dubitari posset, an idem sit faciendum in hac clausula; sed cum haec extensio nimium sane esset notabilis, certo jurisconsulti in aliqua parte in *ff.* ejusdem mentionem facere debuissent, jam vero nulla lex extat neque in *ff.* neque in *cod.*, quae ejus rei mentionem faciat, unde sano omnino credendum, hoc esse speciale et proprium bonae fidei possessoris hereditatis, nec locum habere in caeteris possessoribus, et certo illa clausula senatusconsulti erat satis audax, unde jurisconsulti merito crediderunt eam intra suos cancellos esse retinendam.

Hinc jam intelligi poterit *L.* 25 § 15 *ff. h. t.*, in qua proponitur quod aliquis credens se ex asse heredem, cum tantum esset heres ex semisse, dimidiam partem hereditatis consumpserit: quaerit J. C. quid coheredi agenti petitione hereditatis restituere debeat? Et primo refert tres diversas sententias: una volebat quod dimidiam consumendo deberet intelligi suam dimidiam consumpsisse; altera volebat quod deberet intelligi dimidiam coheredis consumpsisse; tertia denique volebat quod deberet intelligi partim suam, partim coheredis dimidiam consumpsisse, ita ut postea conventus a coherede debeat ipsi restituere dimidiam dimidiae restantis, sive unam quartam totius hereditatis, et hanc ultimam sententiam ipse approbat et recte. Cum enim supponatur heres ex dimidia parte pro indiviso, omnes res hereditariae qualescumque, et quantaecumque fuerint erant communes inter utrumque heredem pro indiviso; quamcumque igitur rem hereditariam consumpserit, partim consumpsit suam propriam, partim alienam, res etiam quae adhuc supersunt partim sunt ejus, partim coheredis pro dimidia parte, et ita cum bonae fidei possessor hereditatis de eo quod bona fide consumpsit ex hereditate aliena non teneatur, nisi in quantum sit factus locupletior (supponimus autem quod propterea rebus propriis non pepercerit, sed solitos sumptus in iis fecerit); certo de iis, quae consumpsit bona fide, a coherede suo conveniri non poterit.

Faber hunc textum adscribit Triboniano, quasi non esset jurisconsulti, sed profecto nulla ratio eo nos cogit, et certe J. C. ex intima juris ratione respondit, et deinde quamvis foret Triboniani, hoc nullo modo solveret difficultatem; cum enim haec lex sit approbata per Justinianum, cujuscumque ea fuerit, sive Ulpiani, cujus nomine haec lex inscribitur, sive Triboniani, semper pro lege esset habenda ac servanda.

Objicit Faber quod unusquisque potius debeat intelligi rem suam, quam alienam consumpsisse, et ita in casu videri debet integram suam dimidiam consumpsisse. ℟. Id quidem est verum in dubio; ast hic nullum est dubium, cum fieri non possit ut in casu quamcumque rem consumpserit partim ut propriam, partim ut alienam.

Quod diximus bonae fidei possessorem hereditatis non teneri de eo, quod bona fide consumpsit, hoc ita est intelligendum, si consumpserit res hereditarias, alioquin si non res hereditarias, sed proprias, quantumvis etiam intuitu hereditatis consumpserit, v. g. propter hereditatem, quam putabat sibi acquisitam, majores sumptus in suis rebus fecerit, tamen ea ratione nihil deducere poterit ex hereditate, ut etiam monet Ulpianus in *L.* 25 § 12 *ff. h. t.* dum ait, *si quis re sua lautius usus sit contemplatione delatae sibi hereditatis, Marcellus L. 16 ff. putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam non attingit*; ejus ratio est, quod perinde verus heres uti dominus rem suam integram adhuc existentem a quocumque possit vindicare et repetere, durius enim foret et omni aequitati contrarium, ut vero heredi auferretur dominium vel aliud quodvis jus, quod in rebus hereditariis nactus est: et sane si nequidem invitus cogi quis possit, ut re sua careat titulo oneroso, v. g. ut invitus rem suam vendat, nisi concurrat aliqua ratio utilitatis publicae, quo casu adhuc ipsi injuria quam exinde sentit compensatur, ut patet in actione de tigno juncto, in qua non simplum, sed duplum ipsi praestatur, multo minus sane re sua invitus carere tenebitur absque eo, quod aliquid pro eadem vicissim recipiat, quod tamen in casu fieret, si possessori, qui res suas consumpsit, deberet ex rebus hereditariis resarcire damnum quod in propriis rebus fecit, ideoque ei permittere aliquam deductionem ex rebus hereditariis.

Obj. Si res hereditarias consumpsisset intuitu hereditatis delatae, propterea non teneretur vero heredi, ergo similiter si res proprias consumpsit intuitu hereditatis, deductionem facere poterit ex ipsa hereditate. Sed est disparitas, scilicet quando res hereditarias consumpsit, tunc verus heres jam inde excidit dominio earumdem facto ipso consumptionis, et ita nil aliud restaret, nisi ut possessor vero heredi resarciret damnum, quod ei per consumptionem intulit, sed quando res proprias consumpsit intuitu hereditatis, res hereditariae adhuc integrae et salvae extant, unde si possessori ex illa causa permitteretur deductio, heres rebus suis carere cogeretur, idque ut possessori resarciat damnum, quod proprio facto in rebus suis fecit; jam vero facilius aliquis absolvitur ab obligatione qua alteri tenetur, quam ut alter ipsi obligetur, vel etiam privetur dominio rerum suarum, unde in § 13 *ejusd. L.* recte dicitur, quod si possessor intuitu hereditatis pecuniam mutuam acceperit et foi te consumpserit, non possit eam ex hereditate deducere, sed se ipsum videatur decepisse.

Non obstat etiam quod quoties possessor damnum facit ex hereditate, quam bona fide possidet,

id totum deducere possit. Hic enim damnum quod fecit, non facit ex ipsa hereditate, sed tantum occasione hereditatis, quamvis enim a parte rei heres fuisset, tamen majores sumptus facere non debebat, unde si jam majores fecerit, cum non esset verus heres, suae imprudentiae ac facilitati imputare debet quod damnum sentiat ac decipiatur.

Ex eadem ratione etiam fluit, quod si putativus heres forte a creditoribus hereditariis conventus, cum iisdem transegerit, id quod transactionis causa solvit ex hereditate deducere non possit, dum enim id solvebat, proprium debitum solvit, liberavit scilicet se a creditoribus hereditariis, quibus ex causa transactionis coeperat esse obligatus; jam vero senatusconsultum tantum voluit ne bonae fidei possessor ex ipsa hereditate damnum faceret.

Nec quis dicat quod heres putativus transigendo negotium hereditarium gesserit; suum enim proprium gessit, voluit scilicet mediante transactione se liberare a lite, quae contra ipsum mota erat, sicque non hereditarium, sed proprium negotium gessit.

§ VIII.

Nunc videamus quaenam veniant in petitionem hereditatis: veniunt res omnes hereditariae, et quidem non tantum illae, in quibus defunctus aliquid juris habuit, sed et etiam illae in quibus nihil juris habuit, modo tamen illas detinuerit, ita ut tempore mortis in ejus hereditate sint inventae, unde etiam in hanc petitionem veniunt res commodatae, depositae, oppignoratae etc quinimo et res furtivae, quamvis etiam ab ipso defuncto furto essent surreptae: item adhuc in petitionem hereditatis veniunt ea, quae post mortem hereditati accesserunt, forte ex fructibus rerum hereditariarum. Insuper etiam veniunt lucra non tantum ex ipsa hereditate, sed et ejus occasione quaesita, unde et pretia rerum hereditariarum distractarum in petitionem hereditatis veniunt, quod et ipso senatusconsulto nominatim erat cautum in verbis *item placere a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset pretia quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi ea ante petitam hereditatem deperiissent, diminutaeve fuissent restituere debere*. Scilicet hoc senatusconsultum uti non vult bonae fidei possessorem ex hereditate, quam bona fide possidet, damnum facere, sic nec etiam vult apud ipsum aliquod lucrum remanere, unde non tantum ea, quae ex ipsa hereditate ad ipsum pervenerunt, sed etiam illa quae tantum ejus occasione percepit vult eum restituere, et ideo, quamvis pretia rerum hereditariarum distractarum ex ipsa hereditate non sint percepta, quia tamen occasione hereditatis possessor ea percepit, restituenda veniunt; sed tamen cum senatusconsultum tantum velit eum teneri quatenus est factus locupletior, hinc etiam tantum tenebitur quatenus ex pretio adhuc penes eum superest, ejus ratione factus est locupletior, unde si omne pretium consumpsit, nec propterea suis pepercerit, nec etiam alias res comparaverit, nullo modo conveniri poterit.

Sed quodnam tempus inspiciendum est, ut sciamus, an sit factus locupletior et in quantum? Tempus litis contestatae, unde si antea res aliquae apud eum extare desierint, quia forte bona fide consumpsit, ita ut tempore litis contestatae non amplius sit locupletior, non poterit conveniri (*L.* 23 *ff. h. t.*). Sed obstat quod si defunctus ex aliquo delicto vel dolo teneatur, heres etiam teneatur, modo semel ad eum pervenerit; sic v. g. in actione *quod metus causa*, si res metu extorta ad heredem semel pervenerit, quamvis postea apud eum extare desierit, ita ut eo tempore, quo contra eum agitur, non amplius habeat, nihilominus cum effectu conveniri possit (*L.* 17 *quod met. caus.*); sed disparitas est, scilicet cum verus heres personam defuncti repraesentet, atque ex ejus capite omne lucrum sentiat, aequum videbatur, ut in solidum etiam ex capite defuncti teneretur, atque eodem modo conveniri posset ac ipse defunctus, qui semper in solidum conveniri potest, sive rem metu extortam haberet, sive non. Haec ratio cessat in bonae fidei possessore hereditatis; ipse enim non convenitur ex delicto defuncti, et etiam si conveniretur equidem personam defuncti non repraesentat, unde in totum hic cessant rationes ante dictae.

§ IX.

Vidimus bonae fidei possessorem hereditatis etiam teneri de pretio rerum hereditariarum distractarum, quatenus ex eodem factus est locupletior; sed quid si ex eo pretio, vel etiam ex alia pecunia in hereditate inventa, alias res comparaverit, quomodo tenebitur? Et hic distingui debet: utrum illas res comparaverit intuitu et contemplatione hereditatis, quo casu ad res ipsas tenebitur; si vero illas res comparaverit ac possidere desierit sui contemplatione, tum ad res ipsas non tenebitur, sed ad pretium earumdem.

Neque his obstat *L.* 20 *princ. et* § 1 *ff. h. t.* In principio ait J. C.: *item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt, ut puta mancipia, pecoraque et si qua alia quae necessario hereditati sunt comparata*; etenim initio dixerat, quod ea quae hereditatis causa comparata sunt in petitionem hereditatis veniant, tunc subjicit exempla, et ita sane tantum vult, quod si quis res hereditati necessarias comparaverit, ibi sit signum ex quo manifesto colligi possit quod hereditatis causa sint comparatae: idem responde *ad* § 1 *ejusd.* dum ait: *denique scribit Julianus L.* 16 *ff. si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit et ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditatis interfuit eum emi.*

Ex jam dictis intelligi poterit *L.* 25 § 1 *ff. h. t.*,

ubi dicitur, *item si rem distraxit et ex pretio aliam rem comparavit, veniet pretium in hereditatispetitionem, non res quam inpatrimonium suum convertit*; scilicet hic J. C agit de casu, quo rem emit sui contemplatione, ut ex post facto satis apparuit, dum postea rem illam in suum patrimonium convertit; postea J. C. dicit, *quod si ea res tantidem non valeat, quantum pro ea dedit, non totum quod dedit, sed quantum illa res ipsi valet vero heredi reddere debeat*, quia eatenus tantum potest videri factus locupletior.

§ X.

Huc spectat *L.* 22 *ff. h. t.*, in qua hunc casum J. C. proponit: aliquis v.g. rem hereditariam vendiderat 1000: postea eamdem redemit 800: et quaerit quomodo teneatur, sic ait: *si rem et pretium habet bonae fidei possessor, puta quod eamdem rem redemerit, an audiendus sit, si velit rem dare non pretium, in praedone dicimus electionem esse debere actoris*, dicit ergo quod si sit malae fidei possessor, in arbitrio veri heredis sit, an velit exigere pretium, an vero rem ipsam petere: tunc prosequitur, et inquirit de bonae fidei possessore, sic ait: *an hic magis possessor* (hoc est bonae fidei possessor) *audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitur si pretium desideret; quod inverecundum sit tale desiderium, an vero quia ex re hereditaria locupletior fit, et id quod amplius habet ex pretio restituere debeat videndum: nam et in oratione divi Hadriani ita est: dispicite patres conscripti, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum, oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione ejus rei lucratus est*: finaliter ergo decidit, eum in exemplo proposito teneri et ad rem ipsam et ad 200, quae ex pretio apud eum remansere, cujus ratio est quod statim a distractione facta, possessor esset factus locupletior ad 1000, et ita tunc ad haec 1000 conveniri potuisset, sed postea ex istis 1000 expendit 800 in redemptionem ipsius rei, quam prius vendiderat, itaque ad haec 800 amplius conveniri nequit cum bona fide expenderit, sed ad reliqua 200, quae ex pretio adhuc penes eum resident conveniri poterit, cum eatenus factus sit locupletior, sed eum mediantibus istis 800 redemerit fundum, hinc etiam ad istum fundum adhuc conveniri poterit: neque jam est distinguendum, an eum fundum redemerit contemplatione ipsius hereditatis, an vero sui contemplatione, nam per distractionem a possessore factam ille fundus non desiit esse hereditarius, cum possessor eum distrahendo non potuerit vero domino auferre dominium quod in eo haberet, et ita cum ille fundus manserit hereditarius, omni casu in petitionem hereditatis venire debet; in eam enim veniunt omnes res hereditariae.

Adversus primam partem, quod scilicet possessor teneatur in 200 reliqua, objiciunt quod in petitionem hereditatis tantum veniant ea, quae defunctus mortis tempore reliquit, pretium autem illud in hereditate non fuit. ℟. Sed notandum quod hereditas sit universitas incrementum et decrementum recipiens, unde quae postea hereditati accedunt, etiam in eandem veniunt; sic fructus ex rebus hereditariis percepti, quamvis tempore mortis non extarent, in eandem veniunt; sic igitur et pretia rerum hereditariarum distractarum tamquam augmenta hereditatis, vel potius tamquam succedentia in locum rerum ex hereditate distractarum, idque etiam monet Ulpianus in *L.* 20 § 3 *ff. h. t.*

Nec quis dicat quod jam res ipsa extet penes possessorem, et ita non posse amplius pretium videri subintrasse in locum rei, et ita nec et ad haec 200 amplius teneri aut conveniri posse, quia quamvis ad haec non teneatur, quasi successissent in locum rei, tamen tenebitur quatenus senatusconsultum apud possessorem hereditatis nullum lucrum vult remanere ex hereditate vel occasione ejus, jam vero lucrum faceret, si haec 200, quae ex pretio penes eum remaneat, reddere nollet.

Nec quis dicat haec 200 non debere restitui, quatenus ex ipsa hereditate percepta non sunt, sed ex negotiatione propria ipsius possessoris, et ita tantum occasione hereditatis, idque argumento *L.* 24 *ff. h. t.*, ubi dicitur: quod si possessor ex fundo hereditario vi dejectus fuisset, id quod per interdictum *unde vi* consecutus est restituere non debet, idque ideo, quia non ex ipsa hereditate, sed tantum occasione ejusdem illud nactus est; nam disparitas est, quod in casu objecto non nisi remotissime occasione hereditatis id consecutus est; nihil enim in rebus hereditariis ipse gessit, propter quod id consecutus est, sed illud est consecutus propter injuriam personae suae illatam, vis enim haec ipsam rem non affecit, sed tantum personam possessoris: sed pretia rerum hereditariarum distractarum possessor proxime habet occasione hereditatis, nam quamvis id pretium non habeat ex ipsa hereditate vel ex rebus hereditariis, sed ex sua negotiatione, eam negotiationem tamen ipse applicavit rebus hereditariis, et in iisdem peregit, unde non mirum, quod potius haec pretia restituere debeat, quam id quod consecutus est per interdictum *unde vi*.

Nunc videamus de secunda parte, in qua diximus, rem ipsam quae redempta est venire restituendam: contra quam objicitur quod pretium perceptum ex venditione harum rerum subintraverit in locum rei, et ita ipsa res desierit esse hereditaria, ac consequenter in petitionem hereditatis amplius venire nequeat. ℟. Ast quod dicitur, pretium subintrasse in locum rei, hoc non sic intelligendum est,

quasi pretium expelleret rem ex suo loco, et locum ipsius occuparet, sed quod eum res ipsa distracta amplius a possessore peti non possit, saltem pretium, quod ex venditione ejus rei consecutus est, vero heredi restituat, itaque quotiescumque res ipsa a possessore adhuc recuperari poterit, uti fit quando eam redemit, ipsa res adhuc restituenda veniet per petitionem hereditatis; illud enim quod constitutum est, pretium succedere in locum rei, non est statutum in odium veri heredis, sed contra in gratiam ejus, ut scilicet dum rem ipsam amplius recuperare non potest a possessore, saltem pretium recipere possit; illud ergo ei nocere non debebit, juxta axioma quod ea quae in favorem alicujus introducta sunt, nunquam talem interpretationem accipere debeant, ut aliquando ipsis noceant: jam vero si id statutum non esset ut, rebus hereditariis distractis a possessore, pretium subintraret in locum rei, nullus sane dubitasset quin in casu res ipsa a possessore redempta restituenda veniret per petitionem hereditatis.

Obj. *L.* 24 § 2 *ff. de minor.*, in qua dicitur quod si minor lubrico aetatis repudiaverit hereditatem, et sic ea pervenerit ad substitutum, qui interim res hereditarias distraxit, aut etiam melioravit, ita ut res non sit amplius in integro, minor restitutionem petens non sit audiendus; ergo, inquiunt, multo minus audiendus erit verus heres in casu, cum leges magis semper soleant favere pupillis et minoribus, quam majoribus. ℟. Sed disparitas est quod, repudiata hereditate per minorem, substitutus adeundo hereditatem ipsam vere acquisivit, et sic dum res hereditarias distraxit aut aliquod lucrum ex iis fecit, ex re propria lucrum fecit, et ita non mirum, pupillum non amplius posse impetrare restitutionem, ut per eam ad hereditatem admittatur, quia ut eleganter ait J. C. in *L.* obj. *is vellet venire ad pecuniam paratam laboribus substituti*, quod sane aequitas non patitur; sed possessor in casu nostro, cum non esset vere heres, res hereditarias vendendo, alienam rem vendidit, sicque lucrum quod fecit, fecit ex re aliena, ac proinde non mirum, cum illud reddere debere vero heredi.

Non obstat quod verus heres non debeat simul habere rem et pretium ejusdem, illud autem in casu fieret si 200 ex pretio penes eum residua reddere deberet. ℟. Quia haec 200 non petuntur ab eo tanquam pretium ipsius rei, sed tanquam lucrum occasione hereditatis ab eo perceptum.

Illud tamen notetur quod si in casu *L.* 22, post redemptionem possessor rem illam tanto tempore possedisset, quantum requiritur ad usucapionem, amplius conveniri non posset ad restitutionem ejus, quia per usucapionem plenum et irrevocabile dominium acquisivit, habet enim omnia requisita ad usucapionem, nam post redemptionem rem illam non tenet titulo heredis, sed titulo pro emptore, ex quo sane usucapere poterit.

§ XI.

Sed quid, si possessor hereditatis vendiderit non rem defuncti propriam, sed alienam forte in hereditate inventam, an conveniri poterit de pretio, in quantum ex eodem factus est locupletior? Distinguendum est, an possessor idemque venditor de evictione ratione ejusdem teneatur, an vero non teneatur; siquidem de evictione teneatur, tunc nullo modo de pretio potest conveniri; si vero de evictione non teneatur, jam de pretio potest conveniri, quatenus ex eodem factus est locupletior. Ideo conveniri non potest pretio quando de evictione tenetur, quia tunc ratione ejus non potest videri factus locupletior, cum re evicta non tantum pretium, sed et omne quod interest, quinimo apud Romanos plerumque duplum pretii emptori restituere debeat (vide *L.* 20 § 18 *ff. h. t.*); sed quando venditor de evictione non tenetur, ut fit quando emptor sciens rem alienam emit vel etiam conventum est, ne de evictione teneatur, cum tunc omnimode sit factus locupletior, etiam de pretio, quod apud eum jam est remansurum, conveniri poterit a vero herede; sic etiam si indebitum possessor hereditatis acceperit, conveniri non poterit, quia necdum ratione ejus potest videri locupletior factus, cum is qui solvit, per condictionem indebiti solutum adhuc repetere possit.

§ XII.

Sed quid, si possessor hereditatis indebitum solverit putans se ex causa hereditaria vere debitorem esse? Distinguendum est, an solverit ex pecunia hereditaria, an vero ex propria pecunia: et siquidem ex pecunia hereditaria solverit, certo non tenebitur, cum bona fide eam possidere desierit: si vero ex sua pecunia solverit, tunc propterea nihil ex hereditate deducere poterit, quia senatusconsultum tantum absolvit possessorem a consumptione rerum hereditariarum, sed si in rebus propriis aliquid damni fecerit hoc non vult ipsi resarciri per verum heredem, itaque quando pecuniam propriam esolvit, si ea esset indebita, nihil propterea a vero herede repetere posset.

Exceptio tamen est, nisi causa solvendi ex ipso testamento esset profecta, v. g. in testamento, ex quo existimabat se heredem esse, quaedam legata erant relicta, illud testamentum erat nullum, et ita nec legata eo testamento relicta debebantur, si haec legata per errorem solverit, et postea a vero herede evincatur hereditas, poterit possessor haec legata, quae ex propria pecunia solvit, ex hereditate deducere; cum enim causa solvendi ex ipso testamento sit profecta, potest is in iisdem solvendis videri negotium hereditarium gessisse, ideoque deducere poterit ex hereditate, ut probat *L.* 17 *ff. h. t.*

§ XIII.

Vidimus hactenus, quod si bonae fidei possessor

hereditatis rem aliquam hereditariam bona fide vendiderit, de re ipsa conveniri non possit, sed tantum de pretio, quatenus ex eodem factus est locupletior; sed an verus heres non poterit res illas a possessore distractas recuperare a tertio possessore, hanc quaestionem proponit J.C. in *L.* 25 § 17 *ff. h. t.* Juris autem rationi conforme videtur, ut eas adhue vindicare possit ab emptore; etonim possessor res illas vendendo non potuit vero heredi auferre dominium earum, et ita nec potuit certo dominium earumdem transferre in emptorem; itaque non obstante ista venditione, verus heres retinet earum dominium, quod consequonter a qaocumquo possessore, atque adeo ab emptore poterit viudicare: id probat *L.* 13 § 4 *ff. h. t.* ubi ait, *quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur, venditorem enim teneri certum est. Sed finge non exstare venditorem vel modico vendidisse et bonae fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debet, et putat Gajus Cassius dandam utilem actionem*: decidit ergo, quod in casibus ibidem relatis utilis petitio hereditatis contra emptorem detur, idque no singulis judiciis vexetur.

Sed valde obstat, quod senatusconsultum noluerit bonae fidei possessorem ox hereditate, quam bona fide possidet damnum sentire; jam autem si res distractae a bonao fidei possessore cùm effectu vindicari posseut ab emptore, bonae fidei possessor ex ista hereditato, sive ex eo quod in ista hereditato tamquam heres fecit, damnum sentiet, ubi onim res erunt evictae ab omptore, is actione de evictione conveniet veuditorem, seu bonae fidei possessorem, qui conventus non tantum pretium rei venditae, sed ctiam interesse, aut duplum praestare cogetur.

Sed uotandum quod senatusconsultum illud obtineat quando possessor a vero heredo convenitur petitione hereditatis, hic antem non convonitur a voro herede potitiono hereditatis, sed ab emptore convenitur actione de evictione, et certo non apparet credibilo, quod senatusconsultum voluisset propterea auferre heredi dominium rerum hereditariarum, quao adhuc integrae et salvao extant, quamvis forte possessori occasione hereditatis aliquod damnum adforat. Sic etiam, ut ante vidimus, si possessor hereditatis contemplatione hereditatis res suas proprias consumpserit, is propterea nihil ex hereditate potest deducere, tamen eo casu etiam damnum facit occasione hereditatis, quinimo hoc plus est, quam in casu nostro, quod tunc possessor supponatur conveniri petitiono hereditatis a vero herede, ubi in casu petitione hereditatis non convenitur a vero herede, sed actiono de evietione ab emptore. Obstat tamen *L.* 25 § 17 *ff. h. t.*, ubi J. C. casum nostrum tractans sic loquitur: *item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint vindicare petitor ab emptore possit, et si vindicet an exceptione non repellatur* (et quibusdam interjectis ait), *et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent:* videtur ergo decidoro, quod si venditor de evictiono teneatur, emptor a vero herede cum effectu conveniri non possit. ℟. Sed credimus loco *nisi* hic esse legendum *etsi*, quod facile contingere potuit incuria copistarum: verum quidem est, quod ejusmodi mutationes sino urgentibus rationibus faciendao non sint, sed tales adesse in casu putamus. Casus enim in quibus venditor de evictiono non tenetur sunt admodum rari, et tantum contingunt quando vel venditor pactus est, ne de evictione teneatur, vel quando emptor sciens rom alienam emit, unde exceptio, quam J. C. faceret in lege objecta, incomparabiliter longius pateret quam regula, et ita potius pro regula statui debuisset; ineptum enim est ita concipere regulam, ut exceptio a regula facienda latius pateat ipsa regula: unde J. C. potius debuisset dicere, *et puto res non posse vindicari, etsi emptores regressum haberent ad bonae fidei possessorem*, atquo ita contextus legis erit optimus, particula enim *etsi* importat difficultatem, jam vero certo difficilius erat concedendum, ut heres cum effectu vindicaro posset res vonditas ab emptore, quando hie habet regressum contra venditorem, quam ubi nullum regressum habet.

§ XIV.

Hactenus vidimus quaenam sit conditio bonae fidei possessoris ante litem contestatam, scilicet tantum tenetur quatenus factus est locupletior, pro quo inspiciendum esse diximus tempus litis contestatae, cui non obstat *L.* 36 § 4 *ff. h. t.*, in qua dicitur, *quo tempore locupletior esse debet bonae fidei possessor dubitatur, sed magis est rei judicatae tempus spectandum esse:* atquo ita juxta jurisconsultum videatur inspiciendum tempus latae sententiae: nam tempus rei judicatae ibi non ponitur tamquam punctum fixum et immobile, vel tamquam terminus ex quo, sed tamquam terminus ad quem, hoc est, ut sciamus an locuplotior factus teneatur et in quantum, inspiciondum venit a tempore litis contestatae usquo ad sententiam: certo de eo in quod locupletior orat factus tempore litis contestatao tenebitur, cum post acceptum judicium actor habere debeat omne id quod habuisset, si tempore litis contestatae res ipsa restituta fuisset.

Nunc videamus quaenam sit conditio bonae fidei possessoris post litem contestatam: et dicendum actori esse praestandum omne id quod habuisset, si tempore litis contestatae res ipsi restituta fuisset; quamvis enim bonae fidei possessor lite contestata absoluto non sciat hereditatem ad se non pertinere, sed forte adhuc existimet se vere heredem esse, tamen eum sciat fieri posse ut contra se judi-

cetur, curare debet ut actorem indemnem praestet, et ideo quidquid ex hereditate percepit aut percipere potuit post litem contestatam, lata postea sententia, restituere debet.

Quid igitur si post litem contestatam res perierit? haec quaestio non tantum usu venit in petitione hereditatis, sed et etiam in reivindicatione, unde promiscue loquemur, ita ut id quod de una dicemus, ad alteram sit extendendum. Et si quidem facto vel culpa possessoris res perierit, is tenebitur: sed quid, si sine facto et culpa ejus, sed casu mere fortuito interierit? Si quidem post litis contestationem, ante tamen, quam res perierit, coeperit scire rem petitam ad se non pertinere, sicque coeperit esse in mala fide, eum hoc ipso jam moram committat, ex eo quod rem, quam scit ad se non pertinere, domino repetenti non restituat, cum nullam rationem habeat denegandae restitutionis, certo certius tenebitur. Non ita convenit inter interpretes, quinimo et ipsos J. C., si possessor bona fide litem susceperit, in eaque permanserit donec res interiret, an tunc possessor ratione ejus teneatur: illam quaestionem proponit Paulus in *L. 40 ff. h. t.*, sic ait: *illud quoque quod in oratione divi Hadriani est; ut post acceptum judicium id actori praestetur quod habiturus esset; si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est, quid enim si post litem contestatam mancipia aut jumenta etc. perierint, damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea.* Ex eo quod dicat J. C. illam clausulam senatusconsulti *duram esse interdum*, nihil absolute pro nobis inferre possumus, quia lex quantumvis dura, modo sit clara et aperta, servanda est; si tamen haec verba junguntur cum sequentibus, in quibus ait, *eum esse damnandum secundum verba senatusconsulti*, satis apparebit J. C. intellexisse eum non esse damnandum ex mente senatusconsulti (prosequitur) *et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit.* Proculejani igitur id absolute statuebant in reivindicatione, Cassiani sive Sabiniani contra statuebant, sed Paulus neutram sententiam probans, eos mediante distinctione conciliare tentavit, sic enim subjicit. *In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius*; dicit ergo, bonae fidei possessorem non teneri, subjicit rationem sane optimam, dum ait, *nec enim debet possessor mortalitatem praestare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere*, et certo sententia Pauli juris rationibus omnino est conformis; res enim quaelibet perit suo domino, nisi interveniat culpa vel mora possessoris, jam vero non potest possessor, qui bona fide litem contestatus est, videri in culpa respective ad restitutionem rei, si ideo denegaverit restitutionem ejus, quod crederet esse suum, ut ipse Paulus dicebat: *non debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere*, sed nec etiam is potest videri in mora, quia, ut ait Marcianus in *L. 32 ff. de usuris*, mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, hoc vult J. C., non ex eo solo, quod quis rem petitam non praestet, aliquis intelligitur in mora, sed ex eo, quod quis contumaciter et nullam justam litigandi causam habens rem petitam praestare detrectet; idem adhuc clarius dicit Paulus in *L. 24 ff. eod.* dum ait: *si quis solutionis quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur, utique si juste ad judicium provocaeit*, et sane haec lex foret peremptoria, nisi esset ejusdem Pauli, cujus est lex nostra fundamentalis, quique, ut in sequentibus videbimus, dissentit ab Ulpiano.

Obj. *L. 15 § 3 ff. de rei vind.* in qua dicitur, *si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt*, dicit ergo plerosque contrarium sensisse, inter quos certo erat Paulus, uterque enim et Ulpianus et Paulus fuit assessor Papiniani: prosequitur, *sed est verius si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passe debere praestari, nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus*: decidit ergo possessorem adhuc teneri ad pretium rei petitae, idque ideo, quia potuit petitor distrahere rem petitam, quod si fecisset, pretium haberet, jam autem petitori restituendum venit quidquid habuisset, si tempore litis contestatae ipsi res restituta fuisset.

Qui has leges conciliare volunt operam perdunt, quod enim aliqui dicunt Paulum agere de petitione hereditatis, Ulpianum vero de reivindicatione certo admitti non potest, cum ut ex sequentibus apparebit, dubitari non possit quin Paulus id statuerit tam in petitione hereditatis, quam in reivindicatione.

Minus adhuc probabilis apparet conciliatio aliorum, qui volunt Ulpianum agere de casu, quo possessor per litis contestationem fuerat constitutus in mora, forte quia per eam scire coepit rem suam non esse: sed id certe admitti non potest, tunc enim nullum fuisset dubium quin pretium debuisset praestari, et tunc plerique contrarium non sensissent, ut ipse Ulpianus monet in *L. 15*: itaque dicendum, esse dissensum inter Paulum, et Ulpianum, sed eum sententia Pauli juris rationi sit conformior, eam amplectimur.

Obj. *L. 25 § 7 ff. h. t.*, in qua cum Ulpianus explicaret senatusconsultum, dicitur. *Si ante litem contestatam* (inquit) *fecerint. Hoc ideo adjectum: quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam*: atqui malae fidei possessor certe certius post litem contestatam tenetur de casu fortuito; ergo et bonae fidei possessor, cum juxta

jurisconsultum post litem contestatam incipiat malae fidei possessor esse. ℟. Imprimis responderi posset quod iterum sit vestigium dissensus inter Paulum et Ulpianum, sed putamus eo hic recurrendum non esse. Nimirum quod Ulpianus dicit: *post litem contestatam omnes incipere malae fidei possessores esse*, non est intelligendum de mala fide naturali, sed civili, quatenus nimirum, si forte post litem contestatam possessor facto suo possidere desierit res hereditarias, v. g. eas alienaverit vel consumpserit, perinde teneatur, ut malae fidei possessor, et merito; eum enim sciret aut saltem scire deberet, fieri posse, ut contra se judicetur, debebat certo res illas conservare actori: hinc etiam fit, quod post litem contestatam non tantum teneatur de fructibus, quos percepit, sed etiam de fructibus, quos percipere potuit, uti malae fidei possessor, itaque de mala fide civili Ulpianus erit intelligendus respective ad effectus jam dictos. De caetero si quis contenderet Ulpianum esse intelligendum de mala fide naturali, diceremus ipsum errasse in quaestione facti; certum enim est naturaliter non esse impossibile, quinimo saepe contingere, ut post litem contestatam reus remaneat in bona fide naturali, si scilicet credat actorem esse infundatum, vel etiam calumniandi causa sibi litem motam.

Sed prosequitur Ulpianus in *eod.* § 7 et ait: *quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatusconsulto, tamen et post motam controversiam pares fiunt, et quasi praedones tenentur omnes possessores*. Sed illa erunt intelligenda eodem sensu quo praecedentia: iterum subjicit: *et hoc jure utimur, coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se, is qui interpellatur*; ℟. Haec non sunt accipienda de scientia vera et certa, alias iterum diceremus Ulpianum in quaestione facti errasse, sed eo sensu erunt accipienda, quod post litis contestationem possessor plerumque dubitare incipiat an res sit sua, an vero actoria, et ita eum saltem scire debeat fieri posse, ut contra se judicetur, conari debet, ut in hunc eventum actorem indemnem praestet, et ideo etiam allaborare debet ut quantos potest fructus ex ea re percipiat.

OBJ. Factum suum cuique nocere debet et non alteri, jam vero si tempore litis contestatae hereditas praestita fuisset, petitor potuisset res illas distrahere, et sic quamvis perierint, saltem pretium haberet, quo jam ea re re deberet propter factum possessoris, qui maluit litem contestari, quam rem restituere. ℟. Sed in casu non est factum possessoris quod noceat actori, sed casus mere fortuitus in rebus ejus contingens, litis contestatio tantum est causa, quod ille non potuerit damnum illud evitare res illas mature distrahendo.

Magis obstat quod juxta ipsam *L.* 40 senatusconsultum vellet, ut post acceptum judicium id actori praestetur quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit restituta esset hereditas, atqui si tunc restituta fuisset, pretium jam haberet, ergo pretium veniet restituendum actori. ℟. Sed Paulus credidit illam clausulam non esse accipiendam juxta externum verborum corticem, ipse enim fatetur quod, inspectis verbis ejusdem, esset damnandus, ast ex mente senatusconsulti credidit illam clausulam interpretationem accipere debere, et ita in casu nostro esse restringendam, quando possessor bona fide litem contestatus est, et in eadem perseveravit usque ad interitum rei, scilicet Paulus considerabat quod hoc senatusconsultum esset factum in favorem bonae fidei possessoris, nullo modo ut ipsi noceretur, jam autem, si illud senatusconsultum factum non esset, certo possessor, qui bona fide litem contestatus est, non posset teneri, cum, ut ante vidimus, nullam culpam aut moram possit intelligi commisisse.

Aliqui volunt quod Paulus in *L.* 40 hoc constituerit contra rationem juris, sed male, ut ex ante dictis satis patet, et deinde cum sententia Pauli ab imperatore sit probata equidem pro lege debet servari. Alii contendunt Paulum in *L.* 40 hanc sententiam non tenuisse in bonae fidei possessore hereditatis, sed tantum in bonae fidei possessore rei singularis, idque ideo, quia dum Paulus dicebat illam clausulam senatusconsulti *interdum duram esse*, non sequebatur eum contrarium sentire, cum lex quantumvis dura pro lege sit servanda, ea antem quae postea subjicit potius insinuant Paulum fuisse contrariae sententiae, ait enim: *quid si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora perierint, damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea.* » Videtur ergo hactenus contrarium sentire, ea autem quae postea subjicit, videntur tantum pertinere ad reivindicationem, subjicit enim, *et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet, Cassius contra sensit*, Proculus ergo et Cassius tantum tractabant de reivindicatione, Paulus autem eorum sententiam moderatur; igitur Paulus tantum etiam tractabat de reivindicatione, dum dicebat, *in praedonis persona Proculus recte existimat in bonae fidei possessoribus Cassius*, nec quis dicat rationem subjectam a Paulo esse generalem, et aeque militare in bonae fidei possessore hereditatis, quam rei singularis; recte enim respondebitur illam rationem esse restringendam ad subjectam materiam, ut saepe in jure nostro contingit, et profecto non esset difficile reddere rationem differentiae, scilicet quod Paulus in bonae fidei possessore hereditatis id non ausus fuerit decidere, obstante dicta clausula senatusconsulti, sed eum illa clausula ipsi non obstaret in reivindicatione, ideo non dubitaverit decidere bonae fidei possessorem rei singularis non teneri de casu fortuito. ℟. Sed notandum praedictam clausulam senatusconsulti postea etiam extensam fuisse ad reivindicationem, id constat ex *L.* 31 *ff. de reb. cred.* ex qua patet eam

Digitized by Google

fuisse extensam ad eondictiones, jam vero in actionibus realibus, et praesertim iu reivindicatione, plenior fit restitutio, quam in eondictionibus, unde ista clausula senatuseonsulti aeque obstabat Paulo in reivindieatione, quam in petitione hereditatis, et ita dum eontrarium deeidit iu reivindieatione, etiam per consequentiam debet intelligi idem voluisse deeidere in petitione hereditatis.

§ XV.

Ante litem contestatam malae fidei possessor tenetur quidem de damno, quod facto suo et eulpa rebus hereditariis intulit; ast de easu fortuito non tenebitur, si modo eulpa vel mora non praecesserint; quamvis enim possessor sciat rem alienam esse, non tamen illico est in mora, nisi fuerit interpellatus, quia mora non committitur nisi per interpellationem, sed nec etiam est in culpa; nam licet sciat rem alienam esse, et sie rem restituere debuisset, non tamen est in eulpa respective ad easum fortuitum, eum ei nullomodo eausam dederit, ut supponitur. Post litem contestatam autem malae fidei possessor non tantum tenebitur de omni damno, quod rebus hereditariis suo faeto intulit, sed etiam tenetur de easu fortuito, ita ut, si post litem eontestatam res easu mere fortuito pereant, etiam ad pretium teneatur, nisi forte probare posset res illas eodem modo perituras fuisse apud actorem, argumento *L.* 14 § 1 *depositi*, quod tamen plerumque difficulter probabitur: ratio ejus est, quod per litis contestationem malae fidei possessor constituatur in mora, quinimo et per interpellationem etiam antea faetam. Hie autem est effectus morae, ut perpetuet obligationem, et periculum transferat in moratorem; hine jam ab eo momento, quo moram committit, de periculo ineipit teneri.

Quid si malae fidei possessor rem vendiderit? Tune in arbitrio veri heredis est, an velit ab eo petere ipsam rem una cum fructibus, eum dolo possidere desierit, et sic pro possessore habeatur, an vero velit exigere pretium eum usuris.

§ XVI.

Sed quid, si res apud emptorem perierit eo modo, quo peritura fuisset apud malae fidei possessorem, sive venditorem? Hanc quaestionem tractat J. C. in *L.* 36 § 3 *ff. h. t.*, in qua sic loquitur: *si praedo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, etsi eadem causa possessionis mansisset* (hoe est etsi res mansisset apud malae fidei possessorem), *quantum ad verba senatuseonsulti melior est causa praedonis, quam bonae fidei possessoris, quia praedo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur ac si possideret, nec adjectum esset si res interierit.* Hoe vult J.C.: senatusconsulto erat cautum, ut si quis dolo possidere desiisset, perinde teneretur ae si possideret: si autem possessor rem illam possedisset nee distraxisset, eum supponatur eodem modo periisse, quo apud ipsum peritura fuisset, ipse in easu non teneretur, si modo nulla eulpa vel mora ejus praeesserit; ergo videbatur dieendum, inspecta illa elausula senatusconsulti, quod in easu teneri non posset.

Ad hane objectionem ipse respondet in sequentibus, dum ait, *sed non est dubium quin non debeat melioris esse eonditionis quam bonae fidei possessor*; decidit ergo quod, non obstante ista ratione, malae fidei possessor, qui in casu rem distraxit, quae supponitur periisse, ad pretium adhue conveniri possit, idque ideo, ne alias sit melioris eonditionis, quam bonae fidei possessor: hoc vult, bonae fidei possessor in easu teneretur ad pretium, uti et malae fidei possessor eerto eertius teneretur, si illud senatusconsultum non esset factum; jam vero illud senatusconsultum non est faetum in gratiam malae fidei possessoris, sed e contra in odium ejus; igitur contra mentem senatusconsulti foret, si malae fidei possessor in easu non teneretur, sie enim senatusconsultum ei potius favisset quam nocuisset.

Valde obstat *L.* 20 § 12 *ff. h. t.*, ubi sic ait Ulpianus: *haec adversus bonae fidei possessores, nam ita senatus locutus est, eos qui se heredes existimassent. Caeterum si quis sciens ad se hereditatem non pertinere distraxit, sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum.* Decidit ergo quod ubi malae fidei possessor res hereditarias distraxit, non possit ad pretium, sed ad res ipsas tantum conveniri, sic igitur praecise contrarium decidit: prosequitur, et objicit sibi epistolam imperatoris Severi, in qua imperator conformiter ad nostram sententiam decıderat: *sed*, ait, *imperator Severus epistolam ad celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus*, sed huie epistolae opponit ipsum senatusconsultum, *atquin senatus de his est locutus qui se heredes existimabant:* deinde in sequentibus epistolam divi Severi conciliare volens cum sua sententia et senatusconsulto distinctionem excogitat, qua mediante, haec in consonantiam deducat, sie ait. *nisi forte ad eas referemus* (intellige epistolam d. Severi), *quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant, ut sit in arbitrio petitoris qualem imputationem faciat adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam.* Vulgo dicunt epistolam divi Severi esse intelligendam de casu, quo malae fidei possessor distraxit res facile perituras, quia tales scilicet erant, quae servando servari non possent, quo easu, dicunt, statuit in arbitrio petitoris esse an velit petere rem eum fructibus, an vero pretium eum usuris: si vero malae fidei possessor distraxit res non facile perituras, et quae servando ser-

vari poterant,tunc statuit actorem non posse repotere pretium, sed tantum rem ipsam.

Fatendum hic iterum Ulpianum dissensisse a Paulo: sed cum sententia Pauli sit subnixa rescripto imperatorio, et distinctio, quam Ulpianus facit in *d. L.* 20, juris rationi omnino repugnet, hinc sane sententia Pauli omnimodo est praeferenda; scilicet Ulpianus volebat quod si malae fidei possessor res facile perituras distraxisset, tunc actor ab eodem posset exigere pretium: si vero res tales distraxisset, quae servando servari possunt, tunc volebat quod tantum posset conveniri ad rem ipsam, non vero ad pretium; sic ergo m. f. p. qui fecit id quod facere debebat et propter quod, nisi fecisset, teneretur, durioris esset conditionis, quam is qui fecit id non tantum quod facere non debebat, sed etiam quod non licite facere poterat, sic itaque distinctio Ulpiani in omnem rationem juris impingit, et consequenter non est admittenda, sed praeferenda sententia Pauli: idem respondendum ad § 16 *ejusd. L.* 20.

§ XVII.

Nunc videamus de impensis: et imprimis distinguere oportet impensas fructuum habendorum, cogendorum, conservandorumque causa factas, ab aliis impensis; etenim quae fiunt fructuum habendorum gratia proprie non sunt impensae, cum nondum fructus existant, sed dici possunt causa productrix fructuum: impensae autem proprie dictae sunt, quae fiunt in rem existentem, v. g. aedificium fulcire, agrum munire contra inundationes, pascere jumenta, pecora: et quidem impensas causa fructuum factas deducit tum malae, tum bonae fidei possessor, imo etiam praedo; fructus autem civiliter accipimus, quos proinde non intelligimus, nisi deductis impensis (*L.* 36 § 5 *ff. h. t.*).

Impensae proprie dictae sunt triplicis generis, nempe necessariae, utiles, et voluptuariae. Necessariae sunt, quae si non essent factae, res fuisset interitura, vel saltem deterior facta, v. g. alimenta dare animalibus, domum ruinam minantem reficere, fundum aggere circumdare adversus inundationes etc. Utiles dicuntur, quae pretium rei augent, si tamen omissae fuissent, res retinuisset suum esse, id est suum statum. Voluptuariae sunt, quae pretium rei non augent, sed speciem ornant.

His praemissis videamus, quales impensas deducat quilibet possessor. Et quidem bonae fidei possessor hereditatis deducit omnes impensas, sive necessariae sint, sive utiles, sive voluptuariae; scilicet senatusconsulto cautum erat, bonae fidei possessorem non teneri, nisi in quantum locupletior factus esset, unde prudentes deduxerunt, eum non posse ratione hereditatis haerere in damno, atque adeo posse deducere quaslibet impensas, hoc ita propter senatusconsultum. Prorsus aliud obtinet in bonae fidei possessore rei singularis; is enim in damno haerere, is lucrum facere potest; quippe de consumptis fructibus non tenetur, licet inde locupletior factus sit.

Dicimus autem bonae fidei possessorem rei singularis deducere posse impensas necessarias, in quantum melior res est, id est, si v. g. 100 impendisset, et res esset melior facta ad 50, non deduceret nisi 50: si vero melioratio superet impensas, tantum id quod impendit deducet: haec sententia non quidem probatur per textum expressum, sed evidenter colligitur ex *L.* 38 *ff. de rei vind.*, ubi ita dicit J. C., *in fundo alieno quem imprudens emeras* (bona fide tamen) *aedificasti.* Proponit itaque casum, quo quis impensas fecerat in fundo alieno: quaerit tum quomodo eas possessor deducturus sit, et respondet; *si dominus easdem fecisset, deducet quod impendit, non ultra tamen quam res meliorata est; ast si melioratio excedat impensam*, id est si plus pretii fundo accessit, *tantum id quod impendit deducet.*

Dices. jurisconsultum agere ibidem de impensis utilibus: at quaeso quaenam ratio differentiae sit inter casum legis et nostrum? Et nullam dari omnino existimo: sed quaenam est ejus ratio? Sciendum imprimis quod quidquid in rem alienam impenditur rei illi accedere, ac proinde dominium impensarum a possessore abire, quod tamen ita moderandum est, ut, licet rei alienae junxerim meam materiam, retineam nihilominus ejus dominium, v.g. si ex mea materia aedificaverim in solo alieno; nam licet aedificium solo cedat, id est totum acquiratur solo, attamen caementa remanent mea, quae proinde, si separentur, tollere possum.

Dein notandum quod possessor non mei causa, sed sui impensas faciat, fortassis non impensurus, si scivisset rem alienam esse; unde nota quod si mea contemplatione impendisset, repeteret actione negotiorum gestorum omnes impensas, modo utiliter impendisset, licet res non habuisset speratum exitum, seu licet res non esset melior facta; et id aequitas expostulat, quapropter leges introduxerunt quasi contractum negotiorum gestionis: at bonae fidei possessor omnia sui contemplatione gessit, itaquo suo facto dominium eorum, quae impendit, amisit; sciendum enim est, facto meo conditionem alienam non posse reddere deteriorem: sic si v. g. alienam rem meae rei junxerim, sane ad minus valorem ejus rei restituere tenebor; imo constat quod si aedibus meis tignum alienum junxerim, a me duplum exigi possit actione de tigno juncto; unde facto meo mihi quidem nocere possum, non alteri. Inde sequitur, possessorem sibi nocere posse, et sane debet ipsi nocere quod res non sit melior facta in quantum impendit; quod enim res non habuerit speratum exitum est casus fortuitus, qui nocere debet ei, in cujus rebus contigit, quod principium profluit ex hoc stoicorum, *quisque debet ferre sua.* Sed dicet quis: dominus easdem impensas

fecisset, ac proinde eas perditurus fuisset, quemadmodum bonae fidei possessor; ergo cum in rem ejus sint factae, dominus id damnum ferre debet. Imprimis licet quis non haberet paratam solutionem, posset dicere quod haec objectio non sufficiat ad mutandam sententiam in *L.* 38 *ff. h. t.* stabilitam; textus enim supponit dominum easdem impensas facturum fuisse, et tamen respondet possessorem non deducturum, nisi quatenus res melior facta est: dein certissimum est quemque sua facta ferre debere; cum itaque illae impensae a bonae fidei possessore factae non habuerint speratum exitum, hoc ei nocere debet.

Diximus attendendum quod possessor sui causa, non mei impensas fecerit, unde digressi ad eum qui mei contemplatione impendisset, notavimus aequitatem desiderare, ut is qui quasi meus procurator fuisset, recuperet quidquid utiliter impendit, quamquam impensae sperato exitu fuissent frustratae, unde leges ei tribuerunt negotiorum gestorum actionem. Ex quo patet pro bonae fidei possessore minus urgere aequitatem, qui forte non impendisset, si scivisset rem alienam esse, unde cum impensas rei meae incorporaverit, simul cum re ad me trahuntur; cum tamen bonae fidei possessor sit, ac proinde cum eo benigne agendum, ratio vult ut deducat quatenus res melior facta est, ne locupletior fiam cum jactura aliena sine sufficienti causa, quod est contra naturalem aequitatem.

Nunc de malae fidei possessore: atque is aequo deducit impensas necessarias, ac bonae fidei possessor, scilicet eo sensu quo diximus, et quamquam mala fide possideat, hac in parte dicendum est non differre a bonae fidei possessore; nam eadem ratio militat, et sane dominus qui repetit rem suam agnoscit illas impensas, etenim sine illis res salva non fuisset, quam tamen salvam cupit, cum eam velit sibi restitui; deinde malae fidei possessor debebat eas impensas facere, imputatum enim ei fuisset, si eas non fecisset: equidem male fecit detinendo rem alienam, at possidens eas impensas benefecit. Nec quidquam facit, quod is mereatur poenam; nam eam non potest privatus irrogare privato, sed leges potuissent irrogare; at non fecerunt, et vix ratio erat cur leges plecterent malae fidei possessorem, solent enim tantum punire eos, qui societatem turbant. Nec discernimus malae fidei possessorem rei singularis a malae fidei possessore hereditatis, nec ratio est, nec quid speciale circa hoc cautum fuit senatusconsulto relato in *L.* 20 § 6 *ff. h. t.*

Restat adhuc nonnihil dicendum contra id, quod de bonae fidei possessore asseruimus, scilicet quod bonae fidei possessoris jactura videretur locupletior factus dominus, quia easdem impensas fecisset, et sane locupletior est, quatenus jactura earum impensarum non est pauperior factus; cujus rei argumentum habemus in pupillo; notum est enim pupillum non obligari per suam conventionem, nisi obligatio ex re veniat, sicut rescripsit divus Pius, alias pupillus tantum tenetur in quantum factus est locupletior. J.C. commentati in hoc rescriptum responderunt, non tantum pupillum dici locupletiorem factum si lucrum habeat, verum etiam ex eo quod alias jacturam fecisset, v.g. impensarum, quae factae sunt intuitu pupilli, et quas pupillus facturus fuisset, adeoque perdidisset, ajunt, inquam J. C. videri locupletiorem factum pupillum, quatenus non est pauperior: et hoc recte dicit Scaevola in *L.* 47 § 1 *ff. de solut. et lib.* in verbis, *nom hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est*; ergo etiam dominus dici potest locupletior, quatenus pauperior esset factus, si ipse impendisset. R'. Verum preprie locupletior factus non dicitur, nisi is qui lucrum fecit: jam autem quod dicitur de bonae fidei possessore, de propria locupletione est intelligendum, ut evidenter probat *L.* 38 *ff. de reivind.*, nam ait ibidem J.C. *reddat impensam usque eo dumtaxat quo fundus factus est pretiosior;* non dicit ergo *quo dominus locupletior factus est*, sed, *quo fundus pretiosior factus est*, et certe hoc studio id expressit J. C. ut evitaret aequivocationem, quae reperitur in his verbis *quo locupletior factus est*, et ut monstraret id intelligendum de vere locupletandi modo; hoc igitur ex auctoritate planum est, nunc a ratione demonstrandum. Quod autem ita in casu pupilli interpretati sint J. C. ipsum videri locupletiorem factum, hoc ideo: quod illae impensae factae essent contemplatione pupilli, qui easdem omnino facturus fuisse videbatur; is vere locupletior est, quoniam habet et retinet ea quae erogasset, et infortunio perdidisset: at bonae fidei possessor totum id gessit sui causa, fortassis non facturus, si scivisset rem esse alienam, unde aequitas non idem ac in casu pupilli desiderat.

Nunc de impensis utilibus: et primo malae fidei possessor numquam deducit utiles, sed tollit, si id fieri possit sine laesione rei, vel saltem restituere debet rem in pristinum statum, sed necessarias deducit; quare non utiles? Disparitas est, quod debeat facere impensas necessarias, alias enim id ei fuisset imputatum: dein dominus rem repetens agnoscit eas impensas, cum rem salvam petat, utiles vere non agnoscit, quia sine his res salva mansisset, ut expresse habemus in *L.* 27 § 5 *ff. de reivind.*, *et L* 5 *cod. eod.*

Nunc de bonae fidei possessore ratione impensarum utilium: et interpretum communis sententia est, pro regula ponendum esse, quod bonae fidei possessor utiles deducat, in quantum res est melior facta; Donellus tamen aliam et contrariam regulam adoptat, scilicet quod bonae fidei possessor tantum tollat utiles, modo id fiat sine laesione rei; et longe verior hujus est sententia, quae probatur ex *L.* 27 § 5 *ff. de reivind.*, ubi sic ait Paulus. *in rem petitam* etc. (vide legem); ergo bonae fidei possessor non deducit, textus est apertus.

Sed quodnam est hujus sententiae fundamentum? Fundatur in his tribus rationibus: prima est, quod inauditum sit, et contra juris regulas omnino pugnet, ut quis cogatur re sua alio modo uti, quam propositum ei erat, v. g. ut quis cogeretur pecunias suas impendere in emenda aedificia, qui animum habebat emendi fundos, reditusve: inauditum, inquam, est quempiam cogi alio modo applicare suas pecunias, quam alias applicaturus fuisset: ad id quidem cogere potest princeps, et ex utilitate publica tantum, sic v. g. apud romanos cautum erat, ne quis tignum alienum aedibus suis junctum cogeretur eximere, sicque privabatur dominus tigno suo; ast id effecit favor publicus, nempe publicus urbis aspectus, et hinc ut compensaretur injuria domino facta, data fuit ei actio in duplum de tigno juncto. Secunda ratio est, quod cuilibet factum suum nocere debeat, non alteri. Tertia est, quod in pari causa fortior sit conditio domini, quam bonae fidei possessoris; nam benigno quidem agendum est cum bonae fidei possessore, ast dominus non debet injuriam pati, ne bonae fidei possessor damno afficiatur: jam autem quid aliud contingeret, si bonae fidei possessor impensas utiles deduceret, quam ut dominus cogeretur alio modo rebus suis uti? Numquid cogeretur eas impensas emere, sive forte emere aedificium, quod non vellet, utpote praeferens suas pecunias ad reditum collocare? Factum igitur possessoris noceret domino, quod ob omni aequitatis regula est alienum.

Obj. Ponas quod dominus dives sit, possessor pauper, is si cogatur impensas tollere, magnum damnum sustinebit; numquid tali casu aequius erit dominum ei refundere impensas, et sibi aedificium retinere (*L.* 38 *ff. de reivind.*)? Æquius erit, si id intelligas de honestate, quae accedit ad charitatem; sic v. g. si sit pauper qui mori debeat, nisi ei dem eleemosynam, ex charitate obligabor, non ex justitia; ita etiam in casu posito ex ratione honestatis dominus potest sinere possessorem deducere impensas, non tamen ad hoc obligatur.

Ex prima ratione, quam dedimus, sequitur interdum possessorem deducere utiles, casu quo v. g. dominus easdem impensas facturus fuisset, hoc enim casu dominus non afficietur injuria, unde aequitas vult ut damnum a bonae fidei possessore avertatur.

Sic etiam si rem venalem habeat dominus, et ratione impensarum pretium majus sit accepturus, rursus dominus nulla injuria afficietur, propterea quod possessor deducat utiles, sed possessori incumbit hujus rei probatio; quippe hoc objicere debet per modum exceptionis, et hae impensae non venient in actionem, seu dominus non agnoscit utiles impensas, petet scilicet sibi rem integram et illibatam restitui; hinc veniunt impensae necessariae, sed minime utiles.

Sed malae fidei possessor non deducit utiles, licet dominus easdem fecisset. ℞. Ratio est, quod malae fidei possessor, si hanc objiciat exceptionem, non sit audiendus, scilicet dominus eum repellet; ast in casu bonae fidei possessoris non tam stricto jure procedere potest dominus; aequitas enim vult, ut super eo loquatur, id est vel concedat, vel neget; quod si neget, et contrarium probet possessor, condemnabitur dominus; at malae fidei possessor hoc favore aequitatis non est dignus.

Obj. *L.* 28 *ff. de reivind.*, in qua ait J. C. *finge etc.*; unde a contrario sensu inferunt, quod si dives sit dominus, debeat sinere deductionem impensarum. ℞. Sed dicendum argumentum a contrario sensu invalidum esse in hoc casu, quippe solent J. C. allegare exempla, quae sunt magis certa et evidentia, et licet in alio casu quaedam variat circumstantia, non inde tamen inferri potest, quod J. C. non decidissent idem in alio exemplo.

Obstat adhuc § 30 *inst. de acq. rer. dom.*, ubi imperator indistincte videtur concedere deductionem. ℞. Sciendum imperatorem agere de casu, quo dominus non vult pati tollere possessorem; petit enim *domum suam esse*, id est domum sibi asserit, nec possessori quidquam tollere permittit; et sane id haec verba significant: nam constat aedificium cedere fundo in quo aedificatum est; igitur domum sibi habere vult, hoc ergo casu refundere debet impensas.

Deinde dicunt quod non limitetur deductio, usque dum res pretiosior facta est, sed imperator insinuet mercedes fabrorum, et pretium materiae esse refundendum; sed notandum quod *instituta* sint explicanda per *digesta*.

Restat dicendum de impensis voluptuariis: malae fidei possessor numquam eas deducit, sed tantum tollit; et sane utiles non deducit; ergo multo minus voluptuarias. Bonae fidei possessor regulariter tollit, interdum deducit, scilicet iisdem casibus quibus utiles deducit, seu dum dominus nulla afficitur injuria.

Supersunt aliqua observanda: scilicet judex cavere debet, ne utrimque malitiis indulgeatur, quoniam res hic se habet ex aequo et bono; v. g. si sublatis impensis nil plus sit habiturus possessor, quam si eas reliquisset, ut in voluptuariis, si laceraret picturas.

Dein non potest possessor impensas tollere, si dominus ei tantumdem velit dare, quantum haberet si eas auferret; sed cavendum ne dominus callido agat, ut vili pretio eas habeat (vide *L.* 27 § *ult.*, *L.* 28, 29, et 30 *ff. de reivind.*, *L.* 25 *ff. de pign. act.*, *L.* 9 *ff. de imp. in rem dot. fact.*).

Reliquum est ut videamus de adminiculo, quo exequi deductionem possessor potest; et certum est, eum non habere nisi retentionem, nec salva juris ratione aliud ei tribui potest (*L.* 48 *ff. de rei vind.*, *L.* 32 *ff. de cond. indeb.*, *L* 51 *eod.*, *L.* 14 § 1 *ff.*

Digitized by Google

comm. divid., *L.* 14 *ff. de dol. mal. et met. except*).

Obj. Vulgo dicitur, eum qui exceptione perpetua tutus per errorem solvit, habere condictionem indebiti; ergo possessor dominum repetentem rem suam, nec refundentem impensas repellere poterit exceptione doli mali. ℟. Verum quidem est, eum, qui exceptione perpetua tutus per errorem solvit, repetere posse, ast talis debet esse exceptio, quae infringat seu inefficacem reddat actionem; in casu autem talis non est exceptio, quippe recte petit dominus rem suam sibi restitui.

Dein dicunt, fundamentum condictionis indebiti esse, ne is, cui solutum est, locupletetur cum jactura alterius, et idem esse fundamentum deductionis impensarum. ℟. Id quidem verum est, ast non ob id solum datur condictio indebiti, sed prudentes considerarunt negotium gestum inter solventem, et eum cui solutum est, inducere obligationem restituendi, casu quo solutum esset indebitum; at nil simile gestum est inter dominum et possessorem; impensas enim, quas possessor fecit, non fecit contemplatione domini, nec animo illas repetendi.

Obj. *L.* 21 *ff. ad senatusconsultum Treb.* ℟. In illa lege legendum est *similem non esse*; haec enim lex, et *L.* 51 *ff. de cond. indeb.* sunt Pomponii: deinde ex contextu id probatur; J. C. enim subjicit *sed*, hoc autem recto sensu non diceretur, si legeretur prout verba sunt.

Tandem fur nullas deducit impensas (*L.* 13 *ff. de cond. furt.*, *L.* 1 *cod. de infant. exposit.*). Hoc autem est ita constitutum ad puniendum furem: ratio est quod fur continuo moram committat, ut probat *L.* 8 § 1 *ff. de condict. furt.*, seu lex continuo furem interpellat ad restituendum.

Superest notandum quod impensarum compensatio fiat cum fructibus, seu lucro ex fructuum consummatione redacto (*L.* 48 *ff. de reivind.*); scilicet quod possessor deducat impensas est, ne locupletior fiat dominus cum jactura ejus; at summo et stricto jure non poterat deducere, sed ex aequitate tantum: cum autem lucrum possessor habeat ex fructibus, et res naturaliter fructificet suo domino, hinc fit possessor locupletior cum jactura domini, quare cum velit habere illud lucrum ex fructibus, aequitas vult ne cupiat deducere impensas, ut sic illa sese mutuo compensent.

TITULUS IV.

SI PARS HEREDITATIS PETATUR.

Sicuti heredi ex asse datur petitio totius hereditatis, ita heredi ex parte datur petitio partis: itaque si alius quam heres totam hereditatem possideat, is qui ex parte, v. g. semisse est heres, eam totam petere non potest, sed pro semisse tantum; actionem enim non metimur ex jure possessoris, sed ex jure actoris (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*). Ex hac autem regula variorum casuum decisiones pendent, de quibus *L.* 1 § 2 et *seq. ff. h. t.*, ubi ex § 3 nota quid juris sit, si coheres meus et falsus heres possideant hereditatem: ulterius nota quod per hanc actionem tantum possit peti pars pro indiviso, nam pars pro diviso tantum peti poterit in judicio familiae erciscundae (*L.* 7 *ff. h. t.*).

Sed quid si coheres meus adhuc sit in utero, quam partem interim petam? Tres partes ventri, perinde ac si tres essent nascituri, quod quandoque contingit, reservabuntur: quod si pauciores nascantur, residuum aliis pro rata accrescet, si plures, decrescet (*L.* 1 § *ult.*, *L.* 3 *et* 4 *ff. h. t.*).

TITULUS V.

DE POSSESSORIA HEREDITATIS PETITIONE.

Illis, quibus a praetore bonorum possessio accommodata est, datur utilis petitio hereditatis, quae omnino similis est directae.

TITULUS VI.

DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE.

Illis quoque, quibus ex fideicommisso hereditas restituta est, datur utilis et praetoria hereditatis petitio, quae etiam directae hereditatis petitioni omnino similis est.

LIBER SEXTUS

—

TITULUS I.

DE REIVINDICATIONE.

§ I. Quid sit reivindicatio.
§ II. An aliquando dominus impeditur in totum et cum effectu rem suam vindicare.
§ III. An aliquando tantum pro parte.
§ IV. An is, qui fidejussit in securitatem emptoris, dum res sua vendebatur, eam vindicare poterit.
§ V. Quid de herede illius fidejussoris.
§ VI. Exponitur L. 49 *ff. mandati*.
§ VII. Cui datur reivindicatio.
§ VIII. Contra quem.
§ IX. Quid de fructibus.
§ X. Quomodo veniunt restituendi.
§ XI. Quid de usuris.

§ I.

Reivindicatio est actio realis, qua dominus in qualitate domini rem suam repetit a quocumque possessore. Dicitur *in qualitate domini*, quia saepe fit ut dominus rem suam ab alio repetat, et ta-

Digitized by Google

men non agit reivindicatione; sic v. g. deponens rem suam repetens a depositario non agit reivindicatione, non enim eandem repetit in qualitate domini, nec se fundat in dominio, sed in contractu depositi. Is igitur, qui reivindicatione agit, fundat se in dominio; unde cum actor debeat probare fundamentum suae intentionis, etiam actori incumbit probatio dominii, modus autem facillimus est per usucapionem, et vix aliter dominium probari potest; si enim velim probare dominium ex eo, quod rem a Titio v. g. emerim, recte possessor diceret, nec Titium fuisse dominum ejus rei, unde tunc deberem probare dominium Titii, quod iterum eadem ratione probari vix poterit, nisi per usucapionem.

§ II.

Saepe fit ut is, qui dominus est, rem suam tamen cum effectu vindicare non possit: id semper contingit, dum ipsi domino obstat factum proprium, cui ne contraveniat, impeditur dominium vindicare; sic v. g. si vendiderim rem Titii sine ejus consensu et tradiderim, per traditionem certo non potui transferre dominium in emptorem; unde si postea rem illam a Titio emam, aliove modo dominium acquiram, quamvis tunc fiam dominus, rem meam tamen vindicare non possum ab emptore cum effectu saltem; si enim vindicavero, repelli potero exceptione rei venditae et traditae, item exceptione doli mali, quia dum rem illam vendidi, me obligavi emptori ad ipsi praestandum habere licere, itaque rem illam ab eo avocare non possum, sic enim meae obligationi vellem contravenire.

Idem erit, si v. g. Titius rem meam vendiderit sine meo consensu, et ego postea ipsi heres fiam, aliove modo succedam, tunc si sim heres in solidum, rem illam iterum non possum vindicare cum effectu, et si agam repellar exceptione rei venditae et traditae, vel etiam doli mali, et tamen habeo dominium ejusdem; Titius enim rem illam vendendo et tradendo non potuit transferre dominium ejus in emptorem: itaque non obstante ista venditione mansi dominus, nec dominium amitto, quamvis postea ipsi succedam, quia propterea non consensio in translationem dominii: itaque stricto jure rem illam vindicare possum; si tamen vindicavero, repellar exceptione praedicta; defunctus enim rem illam vendendo se obligavit ad transferendam vacuam possessionem ejus in emptorem; illa obligatio per aditionem hereditatis in me transivit, itaque eadem obligatione teneor, qua defunctus: jam autem Titius, propter illam obligationem, non potuisset rem illam avocare ab emptore, et si postea nactus dominium, vindicasset, repulsus fuisset praedictis exceptionibus; igitur et ego, qui in eandem obligationem successi, iisdem exceptionibus repelli potero.

§ III.

Sed quid, si non essem heres ex asse, sed tantum pro parte? Hic est distinguendum, utrum Titius de evictione teneretur, necne; ut priori casu, rem illam pro nulla parte cum effectu vindicare possim, nequidem pro ea parte, pro qua non sum heres; si vero Titius de evictione non teneretur, uti fit, vel quando id convenit nominatim, vel emptor scivit rem alienam esse, tunc tantum impediar rem illam vindicare pro ea parte, pro qua Titio heres extiti.

Sed est difficultas in primo casu, cur scilicet quando Titius de evictione tenetur, is qui heres ei extitit tantum pro parte, impediatur rem pro ulla parte vindicare? Ejus autem haec est ratio: quod dum venditor tenetur de evictione, is sit obligatus ad emptorem defendendum in possessione rei venditae: haec autem obligatio ad defendendum est individua, jam autem obligationes individuae in quemlibet heredem in solidum transeunt; itaque dominus, qui venditori pro parte heres extitit, in solidum tenetur ad eum defendendum, atque adeo pro nulla parte potest rem avocare ab emptore, alias enim suae obligationi contraveniret. Sed quando venditor de evictione non tenetur, tunc non tenetur defendere emptorem, quia haec obligatio ad defendendum est tantum consequentia obligationis de evictione, sed is tantum tenetur ad tradendum; jam vero obligatio ad tradendum, qua tenetur venditor, est dividua, et consequenter in quemlibet heredem transit, non in solidum, sed tantum pro portione hereditaria ejusque; itaque et obligatio non avocandi, quae oritur ex obligatione ista tradendi, est dividua, et similiter in quemlibet heredem transit pro portione hereditaria; consequenter non impeditur dominus pro ea parte, qua heres non non est, rem illam ab emptore vindicare.

Hinc jam intelligi poterit *L. 14 eod. de rei vind.*, ubi dicitur: *eum a matre fundum filii te scientem comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes, quod si venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione, pro qua portione hereditas ad eum pertinet, uti non prohiberis:* dicunt ergo imperatores, quod si quis sciens a matre emerit domum ad filium pertinentem, et filius matri pro parte heres extiterit, si is coeperit domum illam vindicare, tantum repelli possit exceptione pro ea parte, qua matri heres extitit; sed notandum quod hic mater de evictione non tenetur, cum emptor sciens domum ad filium pertinere eam emisset; quando enim emptor sciens rem alienam emit, venditor de evictione non tenetur.

Sed aliquis forte dicet etiam obligationem tradendi, qua tenetur venditor, esse individuam, et consequenter neque eo casu, quo cessat obligatio de evictione, filium qui tantum pro parte heres ex-

Digitized by Google

titit matri suae venditrici, pro ulla parte posse dominum illam vindicare: obligationem autem tradendi esse individuam probare volunt ex *L. 72 ff. de verb. oblig.*, in qua dicitur: *stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, caet. rarumque servitutum, idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri etc.* Itaque, ajunt, inter obligationes individuas etiam recenset obligationem tradendi: sed notandum quod duplex sit obligatio tradendi, una quae teudit ad merum factum traditionis, altera quae ulterius tendit, v. g. ad translationem dominii alteriusve juris, vel etiam possessionis. Prior est individua, cum nudum factum contineat, omne autem factum ex natura sua est individuum, et de hac obligatione tradendi, in qua traditio venit facienda propter seipsam, non propter aliud, v. g. ad translationem dominii vel possessionis, agit J. C. in *L. 72 cit.*, ut satis patet ex aliis exemplis, quae ibidem adducit, in quibus similiter nudum factum continetur. Posterior autem obligatio tradendi, in qua traditio non intervenit propter se ipsam, sed propter aliud, v. g. propter translationem dominii, vel possessionis, est dividua, nihil enim obstat, quominus dominium vel etiam possessio transferatur pro portione pro indiviso: jam vero obligatio venditoris, qua tenetur ad tradendum, non est ad nudum factum traditionis, sed ad translationem vacuae possessionis, ita ut traditio non propter se ipsam interveniat, sed propter translationem vacuae possessionis, ad quam venditor obligatus est.

§ IV.

Hactenus vidimus de herede venditoris, cujus res per venditorem fuerat vendita: nunc videamus de fidejussore ipsius venditoris, cujus res similiter fuit vendita per venditorem. Et quidem illo fidejussor potest intervenire, vel pro ipso contractu emptionis venditionis, vel pro obligatione de evictione tantum: priori casu, cum is in se suscipiat omnem obligationem venditoris, sive rem propriam sciverit, sive crediderit esse venditoris, eam non potest vindicare ab emptore, saltem cum effectu: si vero pro evictione tantum se obligaverit, videndum erit an fidejusserit in limine contractus, an vero ex postfacto: posteriori casu non impeditur rem illam cum effectu vindicare: sed aliter res se habet quando fidejussit in limino contractus, ut constat ex *L. 11 cod. de evict.*, rationem etiam ibidem tacite suggerit imperator *quod pro evictione se obligando venditioni consenserit*; scilicet fidejussor quando in limine contractus fidejubet evictionis nomine, in ipsam venditionem videtur consentire, atque in omne illud, quod per venditionem peragitur; et consequenter cum in omni venditione illud inter emptorem et venditorem agatur, ut res perpetuo penes emptorem remaneat, etiam in hoc ipso consensit fidejussor, et consequenter facto suo contraveniret, si postea rem illam vellet avocare ab emptore, et sane fidejubendo in limine contractus emptorem invitavit ad emendum, cum forte alias empturus non fuisset.

§ V.

An idem dicemus de herede ipsius fidejussoris? Iterum est distinguendum, an fidejusserit defunctus pro ipso contractu venditionis, an vero tantum evictionis nomine: priori casu nec heres poterit rem illam vindicare cum effectu, fidejubendo enim pro contractu venditionis, omnem obligationem venditoris in se suscepit, atque adeo et ad tradendum et non avocandum sese obligavit, quae obligatio, utpote ex contractu orta, in heredem transit; consequenter nec heres cum effectu rem illam vindicare poterit: si vero tantum evictionis nomine se obligaverit, tunc quamvis defunctus idemque fidejussor, qui in limine contractus evictionis nomine se obligaverat, rem illam cum effectu vindicare non posset, attamen heres ejus rem illam cum effectu vindicare poterit, idque deciditur in *L. ult. cod. de evict.*, in qua imperatores sic loquuntur: *heredem fidejussoris rerum pro quibus defunctus apud emptorem intercesserat pro venditore, factum ejus cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit, scilicet evictionis causa durante actione.*: decidunt ergo imperatores, heredem fidejussoris non impediri, quominus ex sua persona rem illam vindicet; hoc est si cum res Titii venderetur a Maevio, Sempronius pro Maevio fidejusserit evictionis nomine, et postea Titius Sempronio heres existat, is poterit ex sua persona dominium, quod in re sua habet, etiam cum effectu vindicare ab emptore, cujus rationem satis obscuram imperatores insinuant in *cit. L. ult. cod.*, dum ajunt: *factum ejus cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit*, scilicet vera ratio, propter quam Sempronius rem illam vindicare non potest, non est propter aliquam obligationem in se susceptam, sed unico propter suum factum fidejussionis, quatenus fidejubendo in limine contractus intelligatur consensisse in venditionem, et ita dum postea rem illam vellet avocare ab emptore, suo facto contraveniret; at is nullatenus se obligaverat quod rem illam traderet emptori, aut ab eodem non avocaret, id enim si fecisset, nec heres ejus posset ex sua persona cum effectu rem illam vindicare; haec enim obligatio ex conventione orta ad heredem transiret: itaque cum defunctus nullam obligationem ratione ejus rei susceperit, sed tantum ei obstaret proprium factum, quominus rem illam posset avocare ab emptore, facta autem ad heredem non transeant, nihil sane heredi obstat quominus ex sua persona rem illam avocet ab emptore.

Digitized by Google

Nec obstat quod fidejussor etiam ex persona sua obligatus sit evictionis nomine, quam obligationem utpote ex conventione ortam ad heredem transmittit; nam nihil implicat quominus obligatus sit nomine evictionis, et tamen rem illam, de cujus evictione tenetur, avocare possit, eum actio de evictione tantum tendat ad duplum vel ad interesse.

Non obstat etiam quod heres repraesentet personam defuncti, et in omnes ejus obligationes succedat; quia heres tantum repraesentat personam defuncti in iis, quae sunt juris, non etiam in iis, quae sunt facti; aliud enim est factum fidejussionis interpositum per defunctum, aliud per heredem; unde cum heres illud factum non interposuerit, quod defunctus interposuerat, et tamen propter illud solum factum defunctus rem illam vindicare prohiberetur, heredi nihil obstare potest quominus rem illam vindicet; nam non tenetur ob aliquam obligationem contractam, sed propter solum factum fidejussionis, quatenus fidejubendo videretur consensisse in omne id, quod per venditionem agebatur; factum autem cum heres non interposuerit, ipse non potest videri consensisse in venditionem. Hinc nec obstat alterum axioma quod objicitur, scilicet quod heres succedat in obligationes defuncti; quia defunctus non impediebatur rem illam vindicare, propter aliquam obligationem in se susceptam, sed unice propter factum suum, in factis autem heres non repraesentat personam defuncti.

Non obstat etiam quod heres non debeat habere plus juris quam defunctus habuerit, defunctus autem rem illam cum effectu vindicare non possit; quamvis enim heres ex capite defuncti plus juris habere non possit, attamen ex suo capite plus juris habere potest, quam defunctus habuit; in casu autem heres ex suo capite rem illam vindicare intendit (*L.* 51 § 3 *ff. de evict.*).

§ VI.

Huc etiam pertinet *L.* 49 *ff. mandati*, ubi proponitur hic casus: servum Titii emi ab alio, postea mandavi Titio, ut eumdem venderet, Titius cum ignoraret eum servum suum esse, eum vendidit mandato meo et tradidit: quaesitum est, an Titius, comperto errore, servum illum cum effectu vindicare possit? Scilicet quamvis servum illum vendiderit et tradiderit ex mandato meo, non ideo tamen dominium ejusdem translatum est, dominium enim non transfertur sine voluntate illius transferendi: Titius autem cum ignoraret servum suum esse, non suum, sed mandantis dominium transferre voluit; itaque certe dominium, quod Titius in isto servo habuit, translatum non est, sed illud retinuit; unde videbatur dicendum, quod Titius adhuc cum effectu servum illum vindicare posset; respondet tamen J. C., *Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori, neque si rem tradidisset vindicationem ei concedendam*. Ut intelligatur decisio haec, notandum quod regula constans juris romani esset, alteri per alteram liberam et extraneam personam nihil quidquam posse acquiri, quae regula praesertim habet locum in obligationibus et actionibus personalibus; unde quando quis per procuratorem contrahebat, cum procurator ipsi mandanti non posset acquirere actionem vel obligationem, debebat procurator in persona sua contrahere, ita ut omnis obligatio radicaretur in persona mandatarii, et ejus quocum mandatarius contraheret. Itaque Titius ex mandato meo vendens illum servum, obligationem ex emptione venditione orientem in se suscepit, haec autem obligatio est ad rem tradendam, ex qua oritur obligatio ad eam non avocandam; hinc jam est quod quamvis dominium, quod Titius in illa re habuit, translatum non sit, rem suam vindicare non possit, repelleretur enim exceptione rei venditae et traditae: hoc erat quod J. C. dicebat *Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori*, et hinc inferebat quod si rem tradidisset, eam vindicare non posset.

Ex jam dictis colligi potest, in casu hujus *L.* 49 aliter statuendum hodiedum, cum hodie procurator amplius in sua persona contrahere non debeat, sed possit contrahere in persona mandantis, quo ipso cessat ratio hujus decisionis.

Non obstat quod Titius quasi procurator meus rem illam vendiderit, sicque nomine meo et non suo. R. Quamvis enim quasi procurator vendiderit, attamen obligatio ex emptione venditione orta non fuit radicata in persona mea, sed in persona Titii, sicque Titius fuit obligatus ad tradendum; et consequenter si jam tradidit, multo minus potest eamdem avocare.

An igitur nil interest, an Titius nomine suo, an vero nomine meo et tanquam procurator vendiderit? Quoad obligationem tradendi de jure romano nihil intererat, sed quoad obligationem de evictione hoc intererat, quod si Titius venderet nomine suo, ipse teneretur de evictione, ubi si venderet nomine meo et tamquam procurator, non ipse teneretur de evictione; cum enim monuerit emptorem, quod tamquam procurator rem illam venderet, eum tacite monuit quod non suam fidem, sed mandantis sequi deberet, itaque hoc ipso tacite pactus intelligitur, ne ipse de evictione teneatus.

Nec obstat quod Titius ignoraret rem suam esse, et ita errans vendiderit, errantis autem nullus sit consensus, et consequenter non possit per istam venditionem impediri, quominus rem suam vindicet; nam quod dicitur errantis nullum esse consensum, hoc tantum verum est in eo, in quo errat; hinc etiam in casu cum Titius erret in dominio, dominium ejusdem translatum non est, sed illud retinuit: sed quamvis erraverit in dominio, non tamen propterea erravit in venditione, consequen-

ter es coosistit, atque Titius ex eadem obligatur, jam vero propter istam obligationem est, quod Titius rem suam viodicare impediatur, ne scilicet huic obligationi cootraveniat.

Nec obstat quod consenserit io omne illud, quod per venditinnem agebatur, in omni autem venditione id agatur, ut omne jus quod venditor in re vendita habet, atque adeo et dominium, si illud habeat, in emptorem transeat; cum enim Titius rem illam veoderet non nomioe suo, sed mandantis, non id agebatur ut dominium suum transiret, sed meum sivo mandantis.

Minus adhuc obstat quod si Titius scivisset rem illam suam esse, mandatum non suscepisset, neqoe etiam rem illam vendidisset; nam hoc ipso quo Titius illud allegat et, fateretur se vendidisse, atquo adeo et suscepisse obligationes ex venditione ortas, jam vero propter istas obbligationes fit, ut rem suam cum effectu vindicare non possit.

Obstat argumentum desumptum ex *L. 15 ff. de jurisdict.* ubi J. C. dicit. *Quod si per errorem alius pro alio praetor fuit aditus, nihil valeat quod actum est* (reddit rationem); *nec enim ferendus est qui dicat consensisse eos in praeaidem, cum, ut Julianus scribit, non consentiant qui errant, quid enim tam contrarium consensui est, quam error?* Dicit ergo quod si litigantes per errorem se submiserint alteri judici, quam cui se submittere iotenderint, submissio sit nulla; ergo, ioferunt, si quis vendiderit rem, qoam putabat alienam esse, cum esset sua, idque fecerit non nomine suo, sed alterius, venditio est nulla a pari. Ast disparitas est, quod non possit iotelligi submissio sine persona, cui fiat submissio, unde illo error in casu objecto afficit substantiam ipsius sobmissionis, ideoque et ipsam irritat, sed translatio domioii nullo modo essentialis est emptioni venditioni; venditor enim absolute non obligatur ad transferendum dominium, sed tantum ad tradendam et ad transferendam vacuam possessionem, illo autem error non afficit substantiam venditionis, adeoque nec ipsam irritare potest.

Nec tamen exinde sequebatur quod procurator in damnn haerebat de jure Romano, quamvis rem suam, quam ex mandato alterius vendiderat per errorem, vindicare prohiberetur; ipsi enim erat prodita contraria actio mandati contra mandantem, per qoam ipsum poterat convenire ad indemnitatem.

§ VII.

Datur reivindicatio soli domino, sed quandonam dominus esse debet, an scilicet sufficit quod sit dominus tempore latae sententiae, an vero requiritur ut sit dominus tempore litis coutestatae, ita ut, si postea dominium acquirat etiam ante sententiam, nihilominus sit condemnandus possessori in expensas? Et hoc posterius verius est; quando enim actor non erat domious temporo litis contestatae, reus recte negavit actorem esse dominum, sicque recte litem contestatus est, consequenter actor erit condemnandus in expensas litis non recte institutae: sed tamen id non impedict quominus actor novam litem instituat, si post litem contestatam dominium acquisiverit. Ante dicta probat *L. 23 ff. de judiciis*, in qoa dicitur *quod non potest videri in judicium venisse illud, quod post litem contestatam accidisset.*

Contrariom tamen decidit Pontifex in *cap. 3 x: de sent. et re jud.*: fundat se in eo, quod actor jus omne suum in judicium deduxerit, ex qoacumque causa illud sibi competere posset, item quod frustra fiat per plura, quod fieri potest per pauciora. Sed profecto in eo Pontifex erravit, nec in eo certo est infallibilis; quamvis enim in actione reali actor non debeat exprimere causam remotam, is tamen non potest in judicium deducere nisi jus, quod sibi competit tempore litis contestatae; si enim tunc nollum jus habeat, recte illud ipsi abnegavit reus, et consequenter etiam recte litem contestatus est.

§ VIII.

Nunc videamus contra quem detur reivindicatio: datur autem contra quemcumque possessorem; per possessorem autem hic non intelligimus possessorem stricte dictum, quamvis de eo fuerit dubitatum inter veteres J. C., ut constat ex *L. 9 ff. h. t.*, sed etiam intelligimus nudum detentorem, et generaliter omnem eum, qui habet rei petitae restituendae facultatem; unde etiam datur contra depositarium, commodatarium et similes, sic tamen ut hi defungantur nominando auctorem suum, hoc est eum a quo rem acceperunt, contra quem tunc ipse dominus actionem instituere debebit.

Sed quid si possessor negel se possidere? Tunc si postea convincatur mendacii, possessio in poenam ipsi aufertur, et transfertur in actorem, ita ut si prior possessor contendat se aliquid juris in ea ro habere, jam vices actoris ipse subire debeat, et dominium suum in illa re probare (*L. ult. ff. h. t.*).

Datur etiam reivindicatio contra eum, qui dolo malo possidere desiit, quod provenit ex senatusconsulto, cujus fit mentio in *L. 20 § 6 ff. de petit. haered.*, quod uti sub illo titulo vidimus, in hoc puncto extensum est ad reivindicationem; unde ea. quao ibidem diximus de malae fidei possessore hereditatis, huc sint transferenda ad malae fidei possessorem rei singularis.

Datur etiam reivindicatio contra eum, qui se liti obtulit, nam et hic quasi possessor conveniri poterit: est tamen differentia inter verum possessorem seu detentorem, et eum, qui se liti obtulit; nimirum quod verus possessor omnimode condemnetur ad restitutionem rei vel aestimationem ejusdem, ubi is, qui se liti obtulit, si probet se non possedisse, neque ad rem ipsam, neque ad ejusdem aestimationem, sed tantum ad id quod actoris interest, liti se non obtulisse, condemnabitur.

Digitized by Google

§ IX.

Reliqua quae pertinent ad hunc titulum, spectant ad fructus, usuras et impensas, ast de impensis superiori titulo diximus: videamus igitur 1.° de fructibus, qui sunt triplicis generis: alii dicuntur naturales, alii industriales, alii civiles, qui tantum improprie fructus vocantur; consistunt enim in usuris caeterisque obventionibus, unde videamus de fructibus naturalibus et industrialibus. Fructus naturales sunt qui sine ulla cura et cultura proveniunt, sed sola natura operante producuntur, ut gramina, sylvae: industriales sunt qui curam aliquam, aut culturam desiderant, ut frumentum, vinum et similia. Quod hos fructus attinet, post litem contestatam possessor praestare debet eos, quos percepit vel percipere potuit, quinimo si sit malae fidei possessor, etiam illos quos actor percipere potuisset, quamvis possessor non potuerit eos percipere. Ante litem contestatam autem malae fidei possessor restituere debet fructus, quos percepit vel percipere potuit; sed bonae fidei possessor, si modo justo titulo munitus sit, fructus percipiendo acquirit requiritur igitur ut habeat justum titulum, unde bonae fidei possessor hereditatis, cum non habeat justum titulum, sed tantum putativum, fructus percipiendo non acquirit, sed illi augent hereditatem, ideoque etiam, saltem quatenus ex iisdem factus est locupletior, de illis tenetur: idemque dicendum de omnibus illis, qui verum titulum non habent, sed tantum putativum.

Controvertitur autem inter interpretes, an bonae fidei possessor justo titulo munitus omnes fructus acquirat tam naturales, quam industriales: aliqui contendunt bonae fidei possessorem tantum industriales acquirere, sed multo verius est, eum etiam acquirere naturales. Haec sententia clare probatur ex *L.* 48 *ff. de acq. rerum dom.*, ubi Paulus sic loquitur: *bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerint, sed omnes*; igitur etiam naturales, tanto magis, quod oppositionem faciat, et tamen ante locutus esset de industrialibus: (subjicit rationem) *quia quod ad fructus attinet loco domini pene est*. Idem etiam probat *L* 25 § 1 *ff. de usuris. Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent.*

Valde tamen obstat § 35 *inst. de rer. divis.* ubi dicitur: *si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, ex donatione, aliave qualibet justa causa, aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit ejus esse pro cultura et cura*: jam autem fructus naturales nullam curam aut culturam desiderant, sicque fructus naturales bonae fidei possessori cedere non possunt. Ast notandum, quod imperator in illo titulo unice tractet de modis acquirendi dominii jure gentium, et ita imperator tantum voluit reddere rationem ex qua, inspecto jure naturae seu gentium, fructus cedant bonae fidei possessori: jam vero et nos libenter admittimus quod unica ratio, qua, inspecto jure naturae, fructus acquiruntur bonae fidei possessori, sit cura et cultura, cui profecto consequens est quod, etiam inspecto solo jure naturae, fructus naturales non possint cedere bonae fidei possessori: sed quod eidem cedant, hoc provenit ex jure civili, quod noluit hac in parte distinguere inter naturales et industriales, quia illi sunt admodum pauci, ita ut vix attentionem mereantur, et deinde quia plerumque difficillimum est discernere, an aliqui fructus sint mere naturales, an vero industriales, unde id potuisset praebere materiam multis litibus, ad quas praescindendas leges distinguere noluerunt.

Valde adhuc obstat *L.* 45 *ff. de usuris*, in qua dicitur: *fructus percipiendo uxor, vel vir ex re donata, suos facit, illos tamen, quos suis operibus acquisierit, veluti serendo; nam si pomum decerpserit vel ex sylva caedit, non fit ejus, sicut nec cujuslibet bonae fidei possessoris*; ergo, inquiunt, nullus bonae fidei possessor fructus naturales acquirit, fructus enim, de quibus hic agitur, sunt certo vel maxime naturales, agitur enim de pomis, pyris et similibus, item de lignis in sylvis crescentibus, hi fructus sunt certo maxime naturales. Sed profecto non est is sensus ejus legis, quod nullus bonae fidei possessor fructus naturales acquirat, sed tantum quod non omnis bonae fidei possessor fructus naturales acquirat, quod profecto verissimum est; tales enim sunt omnes bonae fidei possessores verum ac justum titulum non habentes, qualis est bonae fidei possessor hereditatis; et certo illa verba, *sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris*, non important quod nullus bonae fidei possessor fructus acquirat, sed tantum quod non omnes. Casus ergo, qui in ista lege proponitur, est talis ubi bonae fidei possessor non habebat justum titulum; agit enim de donatione inter virum et uxorem facta, et quaerit an donatarius fructus ex re donata perceptos acquirat: distinguit autem inter naturales et industriales, ut industriales quidem cedant donatario, non etiam naturales, nec mirum; cum enim donatio inter virum et uxorem sit prohibita, donatarius non habebat verum titulum, sed tantum putativum.

Sed dicet quis: an ergo donatarius acquiret industriales, cum nec pro industrialibus titulus requiratur, quam pro naturalibus? Notandum quod illa demum donatio inter virum et uxorem sit prohibita, quae facit donantem pauperiorem, et accipientem locupletiorem: jam vero quoad industria-

les donons non fit pauperior, cum proveniant ex eura et culturo donotarii; sed quoad naturales donons fit pauperior, cum proveniant sine eura et cultura; hinc dooatio quidem consistit quoad iodustriales, sed non quoad naturales.

Itaque bonae fidei possessor justum ae verum titulum babens, omnes fructus acquirit tam naturales quam industriales. Sed an eosdem aequirit irrevocabiliter? Si adhuc extent, domino supervenienti et rem suam vindicanti reddere debet, idque clare probat *L.* 22 *cod. h. t*, uhi aiuot imperatores: *certum est malae fidei possessores omnes fructus solera eum ipsa repraesentare, bonae fidei vero extantes, post autem litem* contestatam *universos.* Vix sane clarius imperotores loqui potuissent, id etiam iosinuabat J. C. in *L.* 48 *ff. de acq. rer. dom.*, dum dicebat, *quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est*, item tum dicebat, *suos interim facit;* ergo non acquirit irrevocabiliter: idem etiam satis aperte insinuat Justiniaous in § 35 *inst. de rer. divis.* dum dicit, *et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest* Ergo de extantibus ogere poterit, et profecto ratio juris id omnino exigit; ideo enim bonae fidei possessor fructus praesertim acquirit, quia interim donec dominus compareot, ipse pro domino habetur, itaque domino comparente deficit ratio ex qua fructus acquirat aut retineat; hine etiam domino supervenienti eosdem reddere tenetur.

Nec obstat quod eosdem semel acquisierit per perceptionem, et jus alicui quaesitum non debeat eidem auferri sine ejus facto aut volnntate; nam id tantum verum est, si jus irrevocabile sit qunesitum, an autem tale acquisierit per perceptionem, illud hic in quaestiooe est.

Nec obstat *L.* 48 *ante cit.*, quae dicit *eum pene loco domini esse*, quia non *absolute* loco domini eum esse dicit, sed *pene.*

Non obstat similiter *L.* 25 § 1 *de usuris*, dum dicitur, *in percipiendis fructibus id juris habere, quod dominis praediorum tributum est;* non enim iterum simpliciter dicitur id juris habere *in fructibus*, quod dominus, *sed in percipiendis fructibus;* quod profecto est verum, eum omnes tam naturales, quam industriales acquirat, sed in restituendis fructibus minus juris habet: idem respondendum ad verba seqoentia in quibus dicitur *bonae fidei possessorem plus juris habere in percipiendis fructibus, quam fructuarius.*

Sed quid dicemus de fructibus consumptis, on et hos restituere debebit bonae fidei possessor domino supervenienti, aut saltem lucrum ex eorumdem consumptione perceptum? Praenotandum quod non tantum fructus tunc dicantur consumpti, quando sunt manducoti etc., sed et quando sunt distracti. Huberus putat lucrum ex fructibus consumptis perceptum domino supervenienti esse restituendum; verior tamen est contraria sententia, quam sat manifeste videtur probare *L.* 4 § 2 *ff. finium regund.*, in qua dicitur: *post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio, nam et dolus et culpa exinde praestantur. sed ante judicium percepti non omnimodc hoc in judicium venient; aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit*; si lucretur, certo lucrum ex iis perceptum restituendum non venit, alioquin eos non lucraretur; jam vero, ipso fatente Hubero, quod ad fructus spectat, non est differentia inter actionem finium regundorum et reivindicationem, neque mirum, cum haec actio saepe habeat effectum reivindicationis. Idem etiam probat § 35 *inst. de rer. divis.* ubi imperator ait: *et ideo si postea dominus supervenerit, de fructibus ab eo consumptis agere non poterit.* Jam autem si lucrum ex iis perceptum veniret restituendum, de fructibus consumptis certo agi posset.

Idem etiom probat ratio juris; ut enim ante vidimus, bonae fidei possessor fructus percipiendo suos facit, quinimo et ante perceptionem, statim atque a fundo separati sunt: is itaque eos consumendo, antequom dominus appareat, consumpsit rem propriam, jam vero lucrum ex consumptione rei nostrae quaesitum, ut a nobis exigatur, non patitur naturalis ratio. Et profecto hoc ratiocinium non sat ottendit Huberus, unde etiam pleroque argumento quae objicit continent casus tales, ubi quis lucrum facit ex re non propria, sed alieno: ut si cum pupillo contraxerim sine tutoris auctoritate, vel si pupillo pecuniom mutuam dederim, non tantum pecuniam ipsam ab eo repetere possim, sed et etiam lucrum ex illa pecunio ipsi quaesitum; cum enim pupilli ex contractibus sic initis non obligentur, dominium hujus pecuniae in pupillum traoslatum non est, is ergo eam coosumendo, consumpsit rem alienam, adeoque non mirum quod lucrum ex hac consumptione quaesitum reddere debeat: sed in casu nostro, cum bonae fidei possessor fructus perceptos acquisiverit, is eos consumendo consumpsit rem propriam, otque adeo et lucrum ex hac consumptione quoesitum ex re propria quaesivit.

Idem respondendum ad *L.* 8 *cod. de donat. inter vir. et uxor*; illa enim lex agit de donatione inter virnm et nxorem, quae cum sit nulla, dominium rerum donatarum in accipientem translatum non est, et sic lucrum, quod exinde quaesivit, ex re aliena est perceptum.

Non obstat similiter quod bonae fidei possessor hereditatis de fructibus teneatur, quatenus ex iisdem factus est locupletior; ut enim ante vidimus, bonae fidei possessor hereditatis fructus non acquirit, atque adeo ubi eosdem consumit, consumit rem alienam; unde non mirum rursus, quod lucrum ex iis perceptum restituere debeat, ast bonae fidei possessor rei singularis fructus acquirit per perceptionem; unde dum eos consumit, consumit rem

propriam, ac proinde nec lucrum ex eorumdem consumptione quaesitum restituere debet.

Non obstat etiam quod si fructus adhuc extarent, eos restituere deberet, atque adeo et consumptos reddere debeat, cum consumptio non sit modus acquirendi dominium; nam disparitas est quod, ubi fructus sunt consumpti, domino deficit omnis actio, qua mediante lucrum ex fructibus consumptis perceptum recuperare possit, cum enim fructus illi non amplius extent, non possunt venire restituendi jure actionis; sed nec etiam officio judicis praestandi veniunt, quia officium judicis tantum pertinet ad causam rei, sub causa autem tantum comprehenduntur accessiones, interesse ex re, vel circa rem, aut illud quod ex re ipsa est perceptum: lucrum autem ex fructibus consumptis perceptum neque est perceptum ex ipsa re, quae petitur, neque sub accessionibus continetur, neque etiam spectat ad interesse, sed illud habemus ex negotiatione nostra. Deficit igitur omne medium, quo mediante dominus lucrum ex fructibus consumptis a possessore perceptum recuperet: ast fructus extantes, cum sint accessiones rei, officio judicis restituendi veniunt.

§ X.

Vidimus hactenus quinam fructus restituendi veniant in reivindicatione, nunc videamus quomodo veniant: et si res vindicetur a bonae fidei possessore, fructus extantes in fundo tempore litis contestatae veniunt jure actionis, cum hi faciant partem rei petitae: fructus autem ante litem contestatam percepti, item post, veniunt officio judicis. Si autem res vindicetur a malae fidei possessore, fructus ante litem contestatam percepti, vel quos percipere potuit, vindicari debebunt; pendentes in fundo tempore litis contestatae venient jure actionis, utpote facientes partem rei petitae; post litem contestatam percepti non veniunt jure actionis, sed officio judicis.

§ XI.

Sequitur ut videamus de usuris: et dicendum possessorem de iis non teneri, nisi pecunia usus sit, ut probat *L.* 20 § 14 *ff. de petit. hered.* ubi ait: *Papinianus autem libro tertio quaestionum, si possessor hereditatis pecuniam inventam in hereditate non attingat, negat eum omnino in usuras conveniendum.* Quod hic statuitur in petitione hereditatis, etiam locum habet in reivindicatione, cum hac tamen differentia: quod in petitione hereditatis post litem contestatam, etiamsi pecuniam non attigerit, teneatur tamen de usuris: in reivindicatione autem nequidem post litem contestatam usurae praestandae veniunt, si pecuniam non attigerit. Ratio differentiae est quod reivindicatio sit actio stricti juris, in qua usurae praestandae non veniunt, nisi nominatim sint in stipulationem deductae; ast petitio hereditatis, quamvis et ipsa natura sua sit stricti juris, attamen effectum actionum bonae fidei habet; et hinc est quod sicuti in bonae fidei judiciis usurae post litem contestatam, quinimo statim post moram commissam praestandae veniunt, sic etiam praestandae veniunt in petitione hereditatis.

Nec obstat quod in reivindicatione fructus praestandi veniant, atque adeo et usurae videantur praestandae; est enim lata disparitas inter fructus, et usuras, ut etiam reflectit Pomponius in *L.* 121 *ff. de verb. signif.* dum ait: *usura pecuniae quam percipimus in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.* Hoc vult J. C.: fructus ex corpore rei proveniunt, sed usurae non ex corpore rei, sed ex nostra negotiatione, sive contractu percipiuntur. Caeterum de his latius sub titulo *ff. de usuris et fructibus.*

TITULUS II.

DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

§ I.

Cum saepe contingeret ut is, qui bona fide et justo titulo nactus esset possessionem, ante completam usucapionem eam amitteret, aequius autem videretur ut is, qui bona fide et justo titulo munitus erat, cum rem haberet, quam is qui debiliori jure aut etiam forte nullo rem illam teneret; hinc ex aequitate introducta fuit Publiciana a praetore Publio, per quam is qui bona fide et justo titulo possessionem acquisivit, et postea ante completam usucapionem eam amisit, eamdem recuperare posset a quocumque debiliori titulo possidente; itaque ut Publiciana competat requiritur, ut is, qui ea agere intendit, bona fide et justo titulo nactus sit possessionem, sive requiritur ut sit in conditione usucapiendi.

Digitized by Google

§ II.

Quid igitur si quis non habeat titulum verum, sed tantum putativum, an Publiciana agere poterit? Ratio dubitandi est, quod in usucapione sufficiat titulus putativus, ut constat ex *L. ult. ff. pro legato*, modo nimirum ille titulus putativus non fundetur in errore facti proprii aut errore juris, hinc videbatur dicendum, eumdem sufficere ad Publicianam: sed notandum quod nec etiam ab initio pro usucapione sufficeret titulus putativus, sed requireretur titulus a parte rei subsistens, id demum postea post magnas varietates obtinuit, ut ait Hermogenianus in *d. ult. ff. pro legato*, idque ex ratione utilitatis publicae, quae multum per usucapionem promovetur; cum igitur id contra communes juris regulas receptom sit in usucapione, non debebit extendi ad Publicianam, cum in ea non militet eadem ratio, scilicet in usucapione hoc receptum est ex utilitate publica, quatenus per usucapionem dominia rerum fiunt certa, et lites praescinduntur, haec autem utilitatis publicae ratio omnino cessat in Publiciana; tantum enim abest, ut per eam lites praescindantur, quin potius multiplicentur dominiaque rerum incerta fiant. Ponamus enim quod is, qui in conditione usucapiendi esset titulo oneroso, possessionem amiserit, eaque devenerit ad alium, qui eamdem acquisivit ex causa donationis, et hic rem possederit forte per novem annos inter praesentes, ita ut ei tantum deesset unus annus ad usucapiendum, hoc casu, prior, qui titulo oneroso acquisiverat possessionem, eam auferre poterit a secundo per Publicianam, qui jam in ea conditione erat, ut rem usucaperet, sic igitur Publiciana potius incertitudinem dominiorum atque multitudinem litium inducit, quam eas diminuit, Igitur quod in usucapione specialiter receptum est, non poterit extendi ad Publicianam, et eodem fere modo ratiocinator Paulus in *L.* 2 § 16 *ff. pro emptore*, dum ait: *si a furioso quem putem sanae mentis emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis*: ex eo igitur, quod tantum specialiter utilitate publica suadente, illud receptum sit in usucapione, infert non posse idem dici in Publiciana.

Sed invincibiliter obstat *L.* 7 § 2 *ff. h. t.*, in qua Ulpianus ita ait; *Marcellus lib.* 17 *dig. scribit eum qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere*, hinc infert, *ergo et publicianam habebit.* Aliqui volunt sic conciliare Paulum cum Ulpiano, quasi Paulus negaret directam Publicianam competere, Ulpianus autem concedat utilem ex aequitate, sed profecto illa conciliatio admitti non potest; praeterquam enim quod Paulus omnino generaliter et absolute dicat Publicianam non competere, etiam ante dixerat, quod in casu utiliter usucapere posset, et tamen eo non obstante denegat Publicianam, ergo Paulus intellexerat nequidem utilem Publicianam competere, itaque in vanum laborant qui hos textus conciliare volunt; unde dicimus esse antinomiam inter Paulum et Ulpianum; sed cum sententia Pauli sit conformior rationi juris, eam praeferendam sententiae Ulpiani putamus.

Nec obstat quod titulo putativo procedat usucapio; id enim ex ante dictis facile solvitur.

Nec obstat § 4 *inst. de act.*, in quo dicitur quod is, qui Publiciana agit, dicat se usucepisse rem quam usu non cepit, ex quo inferunt quod is, cui Publiciana conceditur, fingatur usucepisse, unde, dicunt, cum titulo putativo procedat usucapio, etiam is, qui tantum titulum putativum habet, poterit agere Publiciana; nam imprimis falsum est quod is, qui Publiciana agit, fingatur usucepisse, contrarium enim clare probat *L.* 12 § 5 *ff. h. t.*; igitur is, qui Publiciana agit, non fingitur usucepisse, sed sub eo colore, quasi usucepisset, hanc actionem intentat, inter quae duo multum interest; deinde quamvis admitteremus quod is, qui Publiciana agit, fingatur usucepisse, id equidem nobis non obstaret, cum praetor tantum fingat eum usucepisse, cui Publicianam largitur, jam vero dicimus praetorem Publicianam non largiri, nisi ei, qui titulum verum habet.

§ III.

Ut Publiciana competat, non sufficit justo titulo acquisitam esse possessionem, sed praeterea requiritur ut possessio bona fide acquisita sit, sicut autem de jure civili sufficiebat bonam fidem adfuisse ab initio, ut usucapio procederet, sic etiam ut Publiciana competat, sufficit bona fide ab initio acquisitam esse possessionem, sed tamen sicuti in usucapione, quae procedit titulo pro emptore, non sufficit bonam fidem adesse tempore traditionis, sed insuper adesse debet tempore venditionis, ut constat ex *L.* 48 *ff. de usucap.*, sic etiam ut Publiciana competat, bona fides adesse debet et tempore venditionis et tempore traditionis, ut constat ex *L.* 7 § 16 *et* 17 *ff. h. t.*

§ IV.

Sed quaeret quis, cur hoc potius requiratur, si ex causa venditionis possessio sit acquisita, quam si quaesita sit ex causa stipulationis aliave quavis? Ratio differentiae est, quod in omnibus negotiis requiratur bonum initium, atque adeo requiritur ut ab initio omnia bona fide ac recte gesta sint, jam vero is, qui scienter rem alienam emit, non habet bonum initium, illicite enim agit: sed is, qui scienter rem alienam stipulatur, licito agit, ut constat ex *L.* 15 § *ult. de usucap.* ubi dicitur: *quia concessum est stipulari rem etiam quae possessoris non sit.*

Digitized by Google

Ast quaeret quis rationem, cur liceat potius stipulari scienter rem alienam, quam scienter rem alienam emere? Voetius fatetur, se rationem non videre, adducitque illud vulgatum, *non omnium, quae a majoribus tradita sunt, ratio reddi potest*; sed tamen ratio satis plausibilis inveniri potest, scilicet petita ex natura utriusque contractus; sciendum est, quod venditor in emptione venditione vi obbligationis ex venditione contractae non obligetur ad transferendum dominium, sed tantum ad transferendam vacuam possessionem; cum igitur is possit sua obligatione defungi, absque eo quod dominium transferat, facile is invitabitur ad rem domino surripiendam, ut eandem surreptam emptori praestare possit, et sic obligationi suae satisfacere; unde dum emptor sciens rem alienam emit, videtur eum invitare ad delinquendum, sicque non habet bonum initium, et quodammodo ex suo delicto vellet acquirere actionem, quod nec civilis nec naturalis ratio patitur, sed promissor vi stipulationis tenetur transferre dominium, atque adeo is obligatione sua non defungetur, quamvis rem domino surripiat, ac surreptam tradat, unde etiam non facile invitabitur ad rem illam domino surripiendam, cum sciat quod, mediante ista surreptione, non possit se liberare ab obligatione contracta: unde nec etiam stipulator videbitur eum invitare ad delinquendum, quamvis enim sciat alienam esse, juste credet quod promissor illam a domino redempturus sit, aliove modo eam sibi comparaturus, unde is habet bonum initium.

§ V.

Sed an sicuti, ut ex causa venditionis dominium transferatur, pretium debet esse solutum, aut fides de eo habita, similiter ut Publiciana competat, debet pretium esse solutum, aut fides de eo habita? ℟. Negative, ut decidit Gaius in *L.* 8 *ff. h. t.* dum ait: *de pretio vero soluto nil exprimitur* (intellige in edicto praetoris), *unde potest conjectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit ut requiratur an solutum sit pretium.* Et sane si modo ex causa venditionis res tradatur, emptor habet omnia requisita ad Publicianam; habet enim imprimis titulum emptionis venditionis, habet possessionem, habet bonam fidem, de qua tamen dubitari potest, cum sciat aut saltem scire debeat rem adhuc esse alienam, donec pretium solvat, aut fides de eodem sit habita; sed illa scientia rei alienae non impedit quominus habeat bonam fidem, cum non semper scientia rei alienae inducat malam fidem, sed tunc demum quando est conjuncta cum peccato injustitiae, hoc est cum is, qui rem tenet, credit se obligatum esse alteri ad restitutionem: jam vero emptor, qui possessionem nactus est ex voluntate venditoris, quem putat esse dominum, existimat se nemini teneri ad restitutionem.

§ VI.

An ut Publiciana competat, absolute requiritur ut res tradita sit? ℟. Negative, sed sufficit modo bona fide et justo titulo sit nactus possessionem; unde si quis rem pro derelicta habuerit, et alter sciens eam pro derelicta habitam occupaverit, Publicianam acquiret, ita ut, si postea possessionem amittat, etiam Publiciana agere possit contra quemvis alium debiliori jure possidentem; nec enim est dubium quin talis usucapere possit, nec igitur ratio apparet cur non et Publicianam haberet.

§ VII.

Sed an igitur etiam ante acquisitam possessionem Publiciana competere potest? De eo tantum dubitari potest in illis casibus, in quibus ipso jure dominium transit sine traditione, uti fit in acquisitione per ultimam voluntatem: in illis vero in quibus traditio requiritur, uti in venditione, certo Publiciana non competet, unde quaestio tantum est dum dominium ipso jure transit sine traditione, ut fit in acquisitione per legatum, mortis causa donationem etc., an et tunc ante apprehensam possessionem Publiciana competet? Et dicendum non competere; Publiciana enim tantum datur ei, qui est in conditione usucapiendi, sine possessione autem usucapio non procedit.

Sed obstat *L.* 12 § 1 *ff. h. t.* ubi dicitur: *is, cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.* ℟. In illa lego agitur de Publiciana, quae jam inde competierat defuncto, et quam fideicommissarius movere volebat ex causa hereditaria, sive ex capite defuncti, non ex proprio capite, v. g. defunctus possessionem rei bona fide nactus erat, eamdem possessionem casu amiserat, et sic Publiciana ratione ejus agere potuisset; quaerit J. C. an heres possit hanc Publicianam movere, antequam possessionem hereditatis nactus sit, et ait eum posse, nec mirum cum et restitutio hereditatis ex causa fideicommissi nuda voce fieri possit.

Magis obstat *L.* 15 *ff. h. t.* ubi dicitur: *si servus meus cum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditae per eum nactus non sim.* ℟. Notandum quod per servum fugitivum non possumus acquirere possessionem, ut constat ex *L.* 1 § 14 *ff. de acq. vel amitt. poss.*; sed tamen, ut ex eadem lege constat, utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem; hinc etiam receptum est ut Publiciana domino daretur, quamvis ejus rei possessionem per servum non acquisiverit; scilicet possessionem acquirere non poterat per eum servum, cum haec sit facti, sed Publicianam acquirere poterat, cum sit juris; jam vero quidquid juris servus fugitivus acquirit, id acquirit suo domino.

Digitized by Google

§ VIII.

An haec actio detur domino? Domino in qualitate domini non datur; praetor enim in suu edicto dicebat: *si quis, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo*. Et sane in illa qualitate habet reivindicationem, jam vero Publiciana tantum est adinventa in subsidium reivindicationis, quando uimirum aut dominium nullo modo dominus probare potest, aut forte diffidit probationi ejusdem. Domino autem in qualitate bonae fidei possessoris dabitur; ad hoc anim vel maxime est introducta haec actio, ut dum dominus diffidit ne dominium probare possit, recurrat ad Publicianam.

Nec obstant verba edicti praetoris, dum ait *non a domino et nondum usucaptum petet*, quia tunc actor se non fundat in dominio, ab eo enim facit abstractionem; sed se fundat in eo quod bona fida et justo titulo possessionem ejus reinactus sit, quam amissam per Publicianam intendit recuperare.

§ IX.

Ut Publiciana competat, requiritur ut casu sit amissa possessio; nam si facto suo proprio vel culpa sua amiserit possessionem, Publiciana agere non poterit. Et sane Publiciana tantum adinventa est in subsidium usucapionis, ut nimirum is, qui fuerat in conditione usucapiendi, et propterea quod ante lapsum temporis praestituti possessionem amisit, usucapere non potuerit, per hanc actionem rem recuperare possit. Ubi vero facto suo vel culpa possessionem amisit, jam sibi imputare debet, quod rem illam non habeat, aut dominium ejusdem per usucapionem non acquisiverit; consequenter tunc deest ratio aequitatis, propter quam ei succurretur per Publicianam; et hoc atiam probat § 4 *inst. de act.* dum ait: *si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam, quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet, sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actia etc.* Dicit ergo Publicianam fuisse introductam pro eo, qui casu possessionem amiserat, idque ex mera aequitate; haec autem aequitatis ratio, ut vidimus, cessat in eo, qui facto et culpa sua possessionem amisit, ideoque nec usucapere potuit; probatio autem ejus, quod nimirum facto aut culpa possessionem non amiserit, non incumbit actori, qui Publiciana agit, sed ipsi reo, qui contrarium allegat.

§ X.

Nunc videamus adversus quem detur Publiciana? Datur contra omnem eum, qui debiliori jure possidet; cum enim haec actio maxime in aequitate fundetur, praetor credidit eam concedendam potius ei, qui fortius jus habet, ut is potius rem habeat, quam ille qui debiliori jure possidet. Sed quaeritur quisnam intelligatur debiliori jure possidere, et an is, qui titulum lucrativum habet, intelligatur debiliori jure possidere, quam is qui habet titulum onerosum? Et dicendum quod respective ad hanc materiam, titulus lucrativus intelligatur debilior, quam titulus onerosus; cum enim haec actio praesertim in aequitate fundetur, inspecta autem aequitate, potiores esse debeant partes illius, qui certat de damno vitando, quam illius, qui certat de lucro captando; hinc respective ad hanc materiam titulus lucrativus intelligitur esse debilior, quam onerosus; unde is, qui rem bona fide emit, postea amissa possessione, poterit rem illam avocare ab eo, qui eandem titulo lucrativo accepit. De caetero in aliis juris articulis, excepta actione Publiciana et Pauliana, titulus lucrativus intelligitur esse aequa fortis, quam onerosus, unde non minus per titulum lucrativum dominium transferetur, quam per onerosum.

§ XI.

Dum dicimus Publicianam dari contra omnem eum, qui debiliori jure possidet, hoc est intelligendum cum effectu, alioquin ipso jure datur etiam contra eum, qui aequali aut etiam fortiori jure possidet, at is poterit actorem repellere illa exceptione, quod fortiori vel aequali jure possideat. Hinc etiam fit, ut ipso jure detur contra dominum, qui se defendet exceptione justi dominii; neque hoc mirum, cum haec actio sit in rem scripta, et in hoc ipso imitetur actiones reales, quatenus contra quemcumque possessorem detur. Id probant *L. penult. et ult. ff. h. t.*: in *L. penult.* sic dicitur, *Paulus notat: exceptio justi dominii Publicianae objicienda est;* ergo ipso jure contra dominum datur, alias non foret opus exceptione: in *L. ult.* dicitur, *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur*. Igitur contra dominum datur, alias ridicula J. C. hoc moneret, (prosequitur) *ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio, si ea possessoris non sit*; itaque ipso jure contra omnem possessorem datur, licet is qui aequali vel fortiori jure possidet, sitque v.g. dominus, actorem possit repellere exceptione dominii vel fortioris juris; ideo cum effectu contra dominum non datur, vel eum qui fortiori jure aut aequali possidet, quia haec actio praesertim aequitate nititur, aequitas autem non patitur ut res auferatur ei, qui aequali vel fortiori jure possidet.

§ XII.

Aliquando tamen contingit ut etiam contra dominum cum effectu detur, nimirum id contingit quoties is, qui Publiciana agit, constitutus est in con-

ditione rem usucapiendi, et dominum agentem et rem suam vindicantem possit aliqua exceptione repellere, v. g. si actor rem aliquam vindicasset a possessore, et cum dominus non esset, per imperitiam tamen judicis, aliove modo res ipsi adjudicata fuisset, atque etiam possessio in eum translata, hanc autem possessionem is casu amiserit, eaque devenerit ad dominum; hoc casu Publicianam cum effectu contra ipsum dominum instituet. Quamvis enim propter illam sententiam dominium ejusdem non amiserit, cum tamen sententia pro veritate habeatur, si is postea rem illam vindicasset ab actore, repelleretur exceptione perpetua rei judicatae; hinc si postea, amissa possessione, Publicianam instituat contra dominum, et is ei objiciat exceptionem dominii, actor eam elidet replicatione rei judicatae, et sic cum effectu Publicianam intentabit.

Aliud exemplum simile proponitur in *L. 7 § 7 ff. h. t*, quam vide, simile iterum proponitur in *L. 72 ff. de reivind.*, item in *L. 2 ff. de except. rei vend. et trad.*, item in *L. 4 § 31 ff. de doli mali except.* Casus hic est: fundum a Titio emeram, cum non esset Titii, sed Sempronii; soluto pretio, is mihi fuerat traditus, postea Titius extiterat heres Sempronii, et sic jam acquisiverat dominium, possessionem ejusdem amiseram eaque devenerat ad Titium; hoc casu ego Titium Publiciana cum effectu convenire potero, si enim Titius, acquisito dominio, rem illam a me vindicasset, cum ego eandem adhuc possiderem, Titium agentem repellere potuissem exceptione rei venditae et traditae, item doli mali exceptione; unde si jam amissa possessione agam Publiciana contra eum, isque mihi objiciat exceptionem dominii, hanc elidam per replicationem rei venditae et traditae, item doli mali exceptione. Aliud adhuc exemplum proponitur in *L. 14 ff. h. t.* Mandaveram Titio, ut rem meam venderet; is eam vendidit ex mandato meo Maevio; venditione facta, antequam Titius traderet, ei interdixi ne Maevio traderet; Titius, neglecto meo mandato, eam Maevio tradiderat; Maevius postea amiserat possessionem ejus, eamque ad me devenerat; is tunc me convenit Publiciana; si ipsi objiciam exceptionem dominii, eam elidet replicatione, *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*; et sane si ego rem illam vindicassem a Maevio adhuc eam possidente, ille me agentem repulisset eadem exceptione.

§ VIII.

Sicut vidimus Publicianam aliquando contra dominum dari, sic etiam aliquando contingit, ut contra aequali jure possidentem detur, scilicet eadem fere ratione, qua datur contra dominum, nimirum iis casibus, quibus eum, contra quem Publiciana ago, si ipse ageret, exceptione aliqua repellere possem; tunc enim si mihi agenti objiciat exceptionem aliqualis juris aut tituli aeque fortis, hanc exceptionem elidam replicatione ejusdem exceptionis, quam ipsi agenti opponere potuissem. Huc pertinet quaestio, quid si plures rem eamdem emerint a non domino, et traditam acceperint, an unus ex ipsis, possessione amissa, alterum qui rem tenet, Publiciana convenire efficaciter possit? Illam quaestionem tractat J. C. in *L. 9 § 4 ff. h. t.* dum ait: *si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res est tradita, an is qui tantum emit, et Julianus lib. 7 scripsit, ut siquidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res sit tradita. Quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quae sententia vera est.* Distinguit ergo an eamdem rem emerint ab eodem non domino, an vero a diversis, ut siquidem emerint ab eodem non domino, tunc is cui prius res est tradita, Publiciana alterum convenire possit, et recte; si enim is, cui prius res tradita, amisisset possessionem eaque pervenisset ad venditorem, certo ipsum venditorem Publiciana convenire potuisset, in tantum quidem, ut etiamsi venditor post venditionem factam nactus esset dominium, juxta *L. 72 ff. de reivind.* eum cum effectu convenire potuisset; igitur et secundum emptorem, qui postea rem emit, et traditam accepit etiam efficaciter convenire poterit; venditor enim postea rem vendens et tradens non potuit plus juris in alium transferre, quam ipse haberet; atqui ipse sic rem tenebat, ut ipsi a priore emptore per Publicianam auferri potuisset; ergo etiam a secundo emptore illa res poterit auferri, et si venditor forte objecisset exceptionem dominii, vel aliam quamvis, prior emptor hanc elisisset per replicationem rei venditae et traditae; jam vero, ut constat ex *L. 3 ff. de except. rei vend. et trad.*, exceptio rei venditae et traditae realis est, ita ut, sicuti potest objici auctori, ita etiam opponi possit successori.

Sed si emerint eamdem rem a diversis non dominis, tunc ut J. C. ait, non praefertur is, cui prius res est tradita, sed melior erit conditio possidentis; cum enim jam eam rem emerint a diversis non dominis, exceptio quam primus emptor potuisset opponere venditori suo, ipsi non proderit adversus secundum emptorem, cum secundus emptor non sit successor primi venditoris, sed secundi, et ita cum secundo venditori nulla exceptio obstitisset, similiter nec aliqua obstabit secundo emptori; unde cum uterque acceperit titulo emptionis venditionis, atque adeo aeque forti, sicque sint in pari causa, debet sane potior esse causa possidentis, quam petentis.

Ex his facile solvuntur pleraque, quae possunt objici contra primam partem hujus legis: sic si objiciatur, quod Publiciana non detur contra aequali jure possidentem. negabimus secundum emptorem aequali jure possidere; si quis dicat, quod pos-

sideat pro emptore, et emerit rem ab eodem non domino, similiter facile solvetur ex jam dictis, quod sicuti primus emptor per Publicianam rem illam a venditore auferre potuisset, sic etiam eamdem potest auferre a secundo emptore, quia venditor non potuit in secundum emptorem plus juris transferre, quam ipse haberet, et ita sicuti venditorem objicientem exceptionem dominii, vel aliam quamvis, potuisset repellere per replicationem rei venditae et traditae, similiter potorit repellere secundum emptorem, quia haec exceptio et successori datur et contra successorem.

Similiter si objiciatur, quod si a diversis non dominis emerint, prior emptor non praeferatur, sed melior sit conditio possidentis, facile patebit disparitas; nimirum cum tunc secundus emptor non sit successor primi, sed secundi venditoris, illa exceptio rei venditae et traditae, quae obstitisset primo venditori, non potest jam obstare secundo emptori.

Sed contra secundam partem plura et difficiliora objiciuntur: scilicet quod prior emptor, cum prior rem traditam acceperit, prius acquisiverit Publicianam, quam secundus emptor, is autem qui prior est tempore etiam est potior jure. Sed illud axioma tantum locum habet, quando agitur de jure reali pluribus acquisito, et praesertim in pignore: in casu autem neutri emptorum aliquod jus in ea re quaesitum fuit, antequam sit usucapta; et quidem idem servatur in pignore, si pluribus a diversis non dominis eadem res oppignorata sit, ut constat ex *L.* 14 *ff. qui potiores etc.*, idque ex iisdem rationibus; quanto magis igitur illud locum habebit in causa venditionis.

Sed quis dicet, etiam priorem emptorem prius jus reale acquisivisse, quatenus praetor eum, cui Publicianam concedit, fingat usucepisse, fictio autem in casu ficto idem operetur quod veritas in casu vero; sed verum non est praetorem eum, cui Publicianam largitur, fingere usucepisse, contrarium enim clare patet ex *L.* 12 § 5 *ff. h. t.*, sed Publicianam tantum concedit sub colore usucapionis completae. Nec quis eam fictionem probare conetur ex § 14 *inst. de act.* ubi dicitur: *inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non coepit, et ita vindicat suam esse, quae actio Publiciana appellatur.* Nam et idem fit in colore, v. g. is, qui intentat querelam inofficiosi, quae etiam intentatur sub colore dementiae, dicit patrem non fuisse sanae mentis, dum testamentum conderet, quamvis tamen pater sanae mentis extiterit, hoc tamen non est fictio, sed nudus color, alioquin testamentum ab initio non subsisteret, et sic querela opus non esset.

Tandem non obstat etiam, quod cum prius acquisiverit Publicianam, quae est actio in rem scripta, quae datur contra quemcumque possessorem, etiam eam exercere possit contra secundum emptorem, cum facto venditoris haec ipsi auferri non debeat. Nam notandum, quod quamvis Publiciana ipso jure contra quemcumque possessorem detur, non tamen detur cum effectu, nisi contra eum qui debiliori jure possidet; quando autem a diversis non dominis emerunt, secundus emptor aequali jure possidet, cum similiter habeat titulum emptionis venditionis, uti prior, consequenter contra eum Publiciana non poterit intentari cum effectu.

Omnium maxime obstat *L.* 31 § 2 *ff. de act. empti*, in qua dicitur: *uterque nostrum eamdem rem emit a non domino, cum emptio venditio sine dolo fieret, traditaque esset, sive ab eodem emimus, sive ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est*; J. C. igitur non distinguit an ab eodem emerint, an vero a diversis, sed indistincte Publicianam cum effectu largitur ei, qui prius rem traditam accepit: sed ℟. Quod ne admittamus antinomiam, quae nunquam est admittenda, ubi conciliatio dari potest, dicimus J. C. hic agere de Publiciana concedenda non inter hos duos emptores, sive adversus se invicem, sed de Publiciana alterutri concedenda ex ipsis contra tertium, quo in casu recte credidit J. C. praeferendum eum, cui prius res est tradita, quia jam neuter ex ipsis alterum vincebat, nisi in prioritate temporis, jam etiam neuter possidet et uterque habet parem titulum; cum itaque conveniret alterutrum tueri contra tertium, qui forte nihil juris aut saltem debilius haberet, quam uterque emptorum, praetor credidit Publicianam concedendam ei, qui pro se haberet prioritatem temporis, sed in casu *L.* 9 § 4 *ff. h. t.* J. C. agit non de Publiciana concedenda adversus tertium, sed inter eos et adversus invicem, uti ex verbis ipsius clare apparet; tunc autem merito credidit meliorem esse debere conditionem possidentis, cum possessio sane vinceret illam prioritatem temporis, in caeteris autem pares essent.

§ XIV.

Datur autem Publiciana non tantum pro rebus corporalibus, sed etiam pro incorporalibus; unde etiam competit pro usufructu et caeteris servitutibus per traditionem constitutis (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*); non datur tamen pro rebus furtivis, non tantum ipsi furi, id enim per se patet, sed nec etiam alteri, qui easdem forte bona fide emit, alioque justo titulo comparavit; sicut enim res furtiva usucapi non potest, sic nec etiam ratione ejusdem potest agi Publiciana: praetor enim hanc actionem tantum concedit ei, qui est in conditione usucapiendi, et hoc etiam probat *L.* 9 § 5 *ff. h. t.*, in qua sic ait Ulpianus: *haec actio in his quae usucapi non possunt, puta furtivis, vel in servo fugitivo locum non habet* Similiter non datur Publiciana pro

Digitized by Google

rebus alienari prohibitis; eum enim nec hae usucapi possint, ideo nec etiam ratione earumdem Publiciana dabitur; id iterum expressit J. C. in *L.* 12 § 4 *ff. h. t.* dum ait, *si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit* (reddit rationem), *quia his casibus neminem praetor tuetur ne contra leges faciat:* et sane praetor legibus derogare non poterat, jam vero lex inhibens alienationem, eo ipso etiam inhibebat usucapionem, nam haec alienationem continet, jam vero praetor concedit Publicianam sub colore completae usucapionis.

§ XV.

Effectus hujus actionis est fere idem, qui reivindicationis, unde in eam ea omnia veniunt, quae veniunt in reivindicationem (*L.* 7 § 8 *ff. h. t.*), quae consequenter sub dicto titulo repete.

TITULUS III.

SI AGER VECTIGALIS, ID EST EMPHYTEUTICARIUS PETATUR.

§ I.

Emphyteusis definitur contractus innominatus consensu constans et bonae fidei, quo res aliqua alicui utenda traditur in perpetuum, sub lege meliorationis et annui canonis persolvendi, in recognitionem directi dominii; dicitur *consensu constans*, quia solo consensu perficitur. Aliqui tamen scripturam ad perfectionem ejusdem desiderant; fundant se in *L.* 1 *cod. de jure emphyteutico* in verbis: *in quo cuncta quae inter se utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri:* praesertim in illis, *scriptura interveniente*; ajunt enim, juxta *L.* 109 *ff. de cond. et demonst.*, ablativum absolutum, quo imperator utitur, conditionem facere, sed male; non enim semper ablativus absolutus conditionem importat, sed aliquando simplex factum, exempla habemus in *L.* 2 § 16 *ff. de origine juris et omnium etc.*, ubi dicitur, *exactis deinde regibus, consules constituti sunt duo*, hic ablativus absolutus non importat certo conditionem, sed simplex factum; sic ergo etiam in *L.* 1 *cod. cit.* dicimus haec verba *interveniente scriptura* non importare conditionem, sed simplex factum.

§ II.

Quamvis autem scriptura absolute non requiratur ad perfectionem emphyteuseos, convenit tamen eam adhibere; cum enim emphyteusis contrahatur in perpetuum, aut saltem ad tempus non modicum, periculum esset, ne ea quae inter partes convenerunt in constituenda emphyteusi probari non possent, sicque innumerae lites ex postfacto desuper orirentur; unde certo ad istas lites praescindendas convenit desuper scripturam conficere, et hinc etiam est, quod imperator dixerat in illa lege, *scriptura interveniente*, quatenus plerumque scriptura intervenire soleat.

§ III.

Exceptio tamen est in emphyteusi publica, ut constat ex *nov.* 120 *cap.* 6 § 2., item *cap.* 7 § 1, item ex *L.* 3 § *ult. cod. de vendendis rebus civitatis;* in hac enim scriptura ad perfectionem ejusdem requiritur, et sane merito; cum enim saepe oeconomi officio priventur, aut etiam illud a se abdicent, vix unquam constare posset de conventionibus in constituenda emphyteusi initis, nisi desuper scriptura sit confecta.

Digitized by Google

§ IV.

Debet autem emphyteusis contrahi in perpetuum, aut saltem ad tempus non modicum, alioquin si ad modicum tempus foret contracta, potius videretur locatio conductio, quam emphyteusis; unde nec etiam jus reale vel actio realis acquireretur, sed potius personalis ex conventione nimirum locati conducti, probatur argumento *L.* 1 § 3 *ff. de superficiebus*. Si autem simpliciter sit contracta emphyteusis, nulla facta mentione de duratione temporis, in perpetuum contracta esse intelligetur, abstrahimus tamen a specialibus locorum consuetudinibus; juxta plerasque enim durationi emphyteuseos praestituitur tempus 99 annorum, si in his locis emphyteusis simpliciter contracta fuerit, etiam ad 99 annos tantum intelligetur contracta, ita ut contrahentes ad consuetudinem regionis tunc intelligantur respexisse.

Constituitur autem emphyteusis per conventionem secuta traditione, per ultimam voluntatem ipso jure a momento aditae hereditatis; si tantum intervenerit nuda conventio, jus reale non erit acquisitum antequam traditio subsequatur.

§ V.

Constituebatur emphyteusis olim tantum in agris et praediis rusticis, hodie etiam in praediis urbanis; nam et ad haec postea emphyteusis fuit extensa, idque praesertim ad aedes, quae propter vetustatem multis refectionibus indigebant. Id constat ex *L.* 15 § 6 *ff. de damno infecto*, item ex *nov.* 120 *cap.* 1 § 2.

§ VI.

Ut emphyteuseos natura et substantia melius intelligatur eam comparabimus cum contractibus affinibus et differentias allegabimus: et quidem in primis differt emphyteusis a locatione conductione, quod emphyteusis debeat contrahi in perpetuum, aut saltem ad tempus non modicum, sed locatio conductio etiam ad modicum tempus contrahi possit; emphyteuta possidet rem emphyteuticariam ac jus reale in eadem habet, non item conductor; locatio conductio etiam consistit in rebus mobilibus, emphyteusis tantum in rebus immobilibus.

§ VII.

Differt emphyteusis ab emptione venditione, quod emptor in causa venditionis acquirat jus plenum et perpetuum, sed emphyteuta jus plenum et perpetuum non acquirit, dominium enim directum manet penes eum, qui emphyteusim constituit; insuper variis ex causis emphyteusis cadit in commissum, sed non res empta; tandem emptor in totum liberatur exsoluto pretio, sed emphyteuta debet solvere singulis annis pensionem.

§ VIII.

Differt etiam emphyteuta a vasallo qui accepit feudum, quod vasallus non debeat solvere pensionem, quam tamen debet solvere emphyteuta; deinde vasallus tenetur juramento fidelitatis, et olim etiam debebat praestare servitia militaria, sed emphyteuta ad haec non tenetur, uti nec juramento fidelitatis.

§ IX.

Differt etiam emphyteusis a censu dominicali, quod in censu dominicali fundus censualis sit pignori obligatus in securitatem census annui, ita ut si census non solvatur, fundus debeat distrahi, sed emphyteusis ipso jure cadit in commissum, si emphyteuta per triennium cessaverit in solutione pensionis annuae; deinde is cui competit census non habet dominium in fundo censuali, sed is qui emphyteusim concessit retinet dominium directum in fundo emphyteuticario.

§ X.

Nunc videamus quaenam jura competant emphyteutae in re emphyteuticaria? Et ad eum pertinet jus percipiendi non tantum omnes fructus ex re emphyteuticaria, sed et etiam omne commodum, omnisque utilitas ex re emphyteuticaria proveniens vel occasione ejusdem ad eum pertinet.

§ XI.

Huc spectat decisio quaestionis: si thesaurus inveniatur in fundo emphyteuticario, ad quem pertineat pars dimidia, quae domino cedere debet beneficio fundi, an ad dominum directum, an vero ad emphyteutam; Huberus contendit eum debere cedere domino directo, idque argumentis non spernendis. Ait ille: thesaurus debet dividi inter inventorem et dominum, atqui emphyteuta non est dominus, nec ullibi in jure dominus vocatur, sed dominus vocatur dominus directus, qui emphyteusim concessit, ergo pars dimidia debet cedere domino directo et non emphyteutae, id confirmare conatur argumento *L.* 7 § 12 *ff. soluto matrim.*, in qua dicitur quod si thesaurus inveniatur in fundo dotali, is non cedat marito, tanquam domino, sed uxori, et tamen in jure nostro maritus saepe dicitur dominus fundi dotalis; igitur multo minus videtur dicendum thesaurum cedere debere emphyteutae, cum is nullibi in jure dominus vocetur. Contraria tamen sententia de jure verior videtur, etenim, ut jam dictum, ad emphyteutam pertinet plenissima utilitas rei emphyteuticariae,

Digitized by Google

atqui thesaurus certo ad minus dici potest utilitas proxime obveniens occasione fundi emphyteuticarii, ergo et ad eum debet pertinere pars dimidia thesauri, quae domino fundi cedit beneficio fundi.

Nec obstat paritas de marito; quamvis enim maritus habeat dominium fundi dotalis, illud tamen dominium, quod dicitur civile, tantum consistit in jure percipiendi fructus et administratione rei dotalis, jam vero thesaurus in fructu non est, semel enim inventus, amplius non renascitur, nec ex corpore rei provenit, igitur non potest cedere marito, propter jus percipiendi fructus quod habet, sed, ut per se patet, non potest ipsi cedere propter jus administrationis quod habet, ergo etc. Sed ad emphyteutam non tantum pertinet jus percipiendi fructus, uti et administratio rei emphyteuticariae, sed plenissima ad eum pertinet utilitas et eadem fere, quae dominis competit, hinc sane eidem, tamquam domino, pars dimidia thesauri cedere debet.

§ XII.

Ad quod tempus emphyteusis contrahi debet? Ad minus ad 10 annos, quia dicitur, quod contrahi debeat ad tempus longum, sive non modicum; nomine autem longi temporis intelligitur ordinarie in jure nostro tempus 10 annorum.

§ XIII.

Emphyteute in consequentiam juris emphyteutici jus habet ipsius rei habendae, ejusdem incolumis servandae, item utendi fruendi, atque etiam alienandi, quod non est intelligendum de dominio directo, quod competit domino directo, sed de dominio utili, sive de jure emphyteuticario, quod emphyteuta in re emphyteuticarie habet; ubi autem emphyteuta jus suum vendere volet, debet domino directo denuntiare quid emptor pro emphyteusi dare paretus sit, ut ipse eodem oblato pretio praeferentiam habeat, cum autem denuntiationem testato facere debet emphyteuta, ut postea probare possit eam esse factam. Denuntiatione facta, debet dominus directus intra duos menses declarare, an velit uti jure praeferentiae: si declaravorit se eodem uti non velle, vel etiam per bimestre tacuerit, potest emphyteuta rem emphyteuticariam addicere emptori, quinimo etiam emptor emphyteutem invitum cogere poterit ad implendum contractum.

Quamvis emphyteuta, si dominus tacuerit, vel etiam renuntiaverit juri suo, rem possit addicere emptori, tamen non potest propria auctoritate emptorem in possessionem inducere, sed domino iterum denuntiare debet, ut ipse emphyteutam in possessionem inducat, eaque inductione facta, dominus jus habet ad laudimia, sive ad unam quinquagesimam pretii partem, quo res emphyteuticaria est vendita; si dominus ab emphyteuta requisitus ut emptorem in possessionem induceret per bimestre cessaverit, laudimiis carebit, et poterit emphyteuta propria auctoritate emptorem inducere in possessionem.

§ XIV.

An etiam haec praeferentia domino danda est, si emphyteuta ex alio contractu jus suum alienare velit, v. g. si fundum emphyteuticarium velit alteri donare, vel permutare? ℟. Negative, quia illud in venditione statutum est ex eo quod emphyteutae nulla fiat injuria, is enim rem emphyteuticariam vendere volens tantum intendit habere pretium ejusdem, parum autem interest a quo illud consequatur, hinc factum est, ut domino directo praeferentia tribuatur in causa venditionis, hae rationes cessant in donatione, permutatione, aliove contractu alienationem continente, hinc etiam illud non erit extendendum ad eosdem, alioquin in donatione emphyteutam invitum cogeremus alteri donare, quam cui donare intenderet, in permutatione cum alia re permutare, quam quacum permutare intenderet et sic de caeteris contractibus.

Quamvis autem emphyteuta, si ex alio contractu jus suum alienare velit, non debeat domino dare praeferentiam, attamen non potest donatarium permutantem etc. propria auctoritate inducere in possessionem, sed prius dominum debet interpellare, ut ipse inducat, quod si fecerit intra bimestre, consequetur iterum laudimia, quae jam non continent unam quinquagesimam pretii, utpote quod nullum extet, sed unam quinquagesimam verae aestimationis; si dominus iterum per bimestre cessaverit, cum tamen esset interpellatus, laudimiis carebit, et emphyteuta propria auctoritate poterit donatarium vel permutantem in possessionem inducere.

§ XV.

Quid si venditioni pactum de retrovendendo sit adjectum, an ubi postea ex pacto de retrovendendo res retrovenditur, duplicata laudimia erunt persolvenda? Sane; quia retrovenditione facta, duplex intervenit venditio et alienatio, jam vero in singula alienatione laudimia sunt persolvenda. Nec facit quod dominus directus consenserit in venditionem sub eo pacto faciendam, id enim non impedit quominus sit duplex venditio aut alienatio.

§ XVI.

Hactenus vidimus quaenam sunt commoda, item jura quae emphyteutae iu reemphyteuticaria competunt, nunc videamus quaenam incommoda sustineat; et juxta *L. 1 cod. h. t.* omnia incommoda sustinet, praeter totalem rei interitum, ita ut quamdiu aliquid ex re emphyteuticaria remenet, etiam pensiones annuas exsolvere debeat; unde si domus a

in emphyteusim sit concessa, et sit combusta, ita ut tantum supersit area, nihilominus canones annuos adhuc exsolvere debebit, emphyteusis enim non imponitur speciei in individuo, uti usus fructus, sed substantiae, unde quamdiu aliquid ex substantia rei remanet, perdurat emphyteusis, atque adeo ipsi emphyteutae incumbunt onera persolvenda ratione rei emphyteuticariae.

§ XVII.

Sed an non liberabitur emphyteuta a solutione canonis annui, si forte obsterilitatem vel alium improvisum casum nullos fructus perceperit? R̸. Negative; pensionem enim non tam solvit pro fructibus, quam potius pro jure emphyteuticario, quod semper retinet, et in recognitionem directi dominii: aliter servatur in conductione, in qua obsterilitatem supervenientem, aliumve similem casum facienda est remissio; ratio differentiae est quod conductor mercedem solvat pro fructibus, quos cum non perceperit, etiam aequum est eum a solutione mercedis vel partis ejus liberari. Sed obstat *L.* 15 § 4 *ff. locati*, in qua dicitur: *Papianus ait, si uno anno quis remissionem colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contingat ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit exigendam* (prosequitur),*hoc idem et in vectigalibus damno respondit etc.* jam autem, ajunt, ager vectigalis etiam vocatur ager emphyteuticarius. R̸. Sed non hoc vult J. C, quasi in agro vectigali idem sit quod in locatione conductione, sed hoc vult quod in locatione conductione vectigalium, si forte aliquo casu vix aliquid sit perceptum, idem dicendum sit quod statuitur in locatione fundi, si ob sterilitatem vel alium casum nulli fructus sint percepti.

§ XVIII.

Nunc videamus quomodo finitur emphyteusis: finitur autem lapso termino ad quem emphyteusis fuit contracta, et quidem ipso jure; aliter in servitute, vel stipulatione ad certum tempus contracta servatur, hae enim ipso jure non finiuntur, sed tantum mediante exceptione.

Finitur etiam emphyteusis, si emphyteuta per triennium cessaverit in solutione canonis, item si per triennium domino non reddiderit apochas publicarum functionum, id est tributorum, domini enim interest scire has esse solutas.

Aliqui volunt haec duo simul requiri quod neque solverit per triennium, neque etiam apochas publicarum functionum praestiterit, ut emphyteuta jure suo cadat· Fundant se in *L.* 2 *cod. h. t.* in verbis: *sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque domino apochas tributorum reddiderit*, videtur imperator haec duo simul exigere, ut dominus directus possit expellere emphyteutam. Sed dicendum hic copulativam esse accipiendam pro disjunctiva, ut saepe in jure nostro contingit, idque probatur ex antecedentibus, dum imperator ait: *easdem et in omnibus aliis capitulis observari et de rejectione ejus, qui emphyteusim suscepit, si solidam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit.* Hic utitur disjunctiva, item ex sequentibus, dum ait, *ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur, emphyteutas suos repellere, et reditum minime velle suscipere ut ejusmodi machinatione triennio elapso suo jure is, qui emphyteusim suscepit, cadat:* satis aperte imperator hic insinuat solam cessationem persolvendi canonem intra triennium sufficere ad expellendum emphyteutam.

§ XIX.

Sed quomodo illud est intelligendum: *si per triennium canonem non solverit?* Aliqui volunt sufficere, modo aliquid solutum sit, quamvis illud non adaequet integrum canonem unius anni; alii volunt ante finem tertii anni omnes canones debere esse exsolutos, ita ut si quidquam remaneat solvendum, ex hac causa possit emphyteuta expelli; alii tandem, quorum sententia est verior, volunt saltem integrum canonem unius anni debere esse exsolutum, antequam totum triennium sit elapsum, ut emphyteuta non possit expelli.

Prima sententia satis improbatur ex verbis *L.* 2 *cod. h. t.*, dum ait imperator: *ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos expellere et reditum minime velle suscipere.* (vide *nov.* 7 *cap.* 3 § 2).

Altera etiam videtur improbari ex verbis *d. L.* 2, dum imperator ait: *sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit*, quorum sane sensus hic est; si neque primo, neque secundo, neque tertio anno solverit, et sane satis singulare foret quod imperator per totum triennium concessisset dilationem ad solvendum canonem cujusque anni, et tunc tertio anno elapso, injunxisset praestationem triplicati canonis.

§ XX.

Quid igitur si emphyteuta moriatur pluribus relictis heredibus, quorum alter suo tempore diligenter canones exsolvit pro sua portione hereditaria, alii autem per integrum triennium cessaverint in solutione, an res emphyteuticaria in commissum cadet? Et videndum, utrum id quod prior solvit per triennium saltem adaequet canonem integrum unius anni, quem ipsi coheredes simul exsolvere debuis-

Digitized by Google

sent, et hoc casu non poterunt adhuc expelli, neque is qui solvit, neque etiam alii, qui cessaverunt in solutione, cum non existat conditio, sub qua leges volunt rem emphyteuticariam reverti ad dominum directum; si vero id quod per priorem est solutum non adaequet canonem integrum unius anni, jam non tantum expelli poterunt illi, qui cessaverunt in solutione, sed etiam is qui diligenter solvit. Itaque ponamus quod emphyteuta sit mortuus quatuor scriptis heredibus aequis portionibus, et quod unus per triennium semper exacte solverit suam quotam partem, res emphyteuticaria in totum in commissum cadet: ratio est quod hoc ipso quo id quod unus solvit, non adaequet integrum canonem unius anni, existat conditio sub qua emphyteusis in commissum cadere debet, et sane si defunctus integrum canonem unius anni per triennium non solvisset, res emphyteuticaria in commissum caderet, jam vero ex persona heredis non debet immutari obligatio. Huceque facit argumentum *L.* 2 § 2, et *L.* 5 § *ult. ff. de verb. oblig.*

Sed numquid videtur iniquum, ut unus luat poenam alterius negligentiae, aut ex alterius negligentia quis damnum patiatur? Sed non ex negligentia aliorum damnum facit diligens, nam causa amissionis rei emphyteuticariae provenit ex conditione emphyteuseos eum defuncto contractae, negligentia aliorum tantum efficit, ut existat conditio sub qua leges volunt emphyteusim cadere in commissum: sed et etiam propterea diligens agere poterit ad indemnitatem actione familiae erciscundae (*L.* 21 § 18 *ff. fam. ercisc.*).

§ XXI.

Vidimus quod si emphyteuta per triennium cessaverit in solutione canonis, dominus eum possit expellere, sed quid, si postea receperit canones triennii, quo emphyteuta in solutione cessavit, an adhuc jus suum excercere poterit, atque ita emphyteutam expellere? Aliqui putant dominum recipiendo solutionem eorumdem debere interponere protestationem, quod non velit amittere jus caducitatis, sed hoc necesse non arbitramur; lapso enim triennio, domino deferuntur haec duo simul, et jus ad canones et jus expellendi emphyteutam, quamvis igitur uno ex iisdem sit usus, propterea non prohibetur etiam altero uti, et sane emphyteuta per integrum illud triennium habuit fructus et omne commodum atque utilitatem rei emphyteuticariae, aequum igitur etiam est ut pro isto triennio canones exsolvat, (*nov.* 120 *cap.* 8.).

§ XXII.

Major est quaestio, si dominus directus in concedenda emphyteusi ob moram singuli canonis, vel etiam si intra tres annos nullus canon fuerit solutus poenam stipulatus sit; an si postea emphyteuta cessaverit in solutione, sicque extiterit conditio stipulationis poenalis et ad poenam egerit, adhuc jure caducitatis uti possit? Voetius putat eum non posse, fundat se in *L.* 2 *cod. de jur. emph* in verbis: *si autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum sed per totum triennium, neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis expellere:* quae verba sic intelligit Voetius; si in casum non soluti canonis nihil fuerit pactum super hoc articulo, tum licere domino emphyteutam expellere, atqui in casu supponitur initum pactum super non solutione canonis, in casum enim non soluti canonis poena fuit adjecta, ergo sola poena contentus esse debet: sed profecto malo haec verba intellexit Voetius, ut patet ex antecedentibus verbis, in quibus imperator sic ait: *in emphyteuticariis contractibus sancimus siquidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis observari et de rejectione ejus, qui emphyteusim suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit*: supponebat igitur imperator hic aliquas conventiones esse factas, non super solutione canonis, sed super rejectione emphyteutae, si intra triennium canones non solvisset, dum igitur immediate post subjicit, *si autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum*, hoc intellexit de capitulo dejectionis, non de cessatione solutionis canonis annui, unde hoc tantum voluit imperator, quod si aliquid cautum sit super rejectione in casum canonis non soluti, hoc ante omnia debeat observari: si vero nihil cautum sit super rejectione, tunc dominus possit emphyteutam expellere, si per triennium in solutione cessaverit: et sane ea, quae de natura negotii fluunt sunt praestanda, nisi patest eadem evidenter esse exclusa, jam vero ex eo, quod poena sit adjecta per conventionem, non apparet poenam caducitatis a lege impositam esse exclusam, nam inprimis poena illa non est adjecta caducitati, sed morae factae in solutione canonum: deinde poena non adjicitur obligationis minuendae, sed e contra ejus confirmandae causa, non debet igitur adjectio poenae hunc habere effectum, ut excludat poenam caducitatis a lege impositam.

Sed an adjecta poena non potest dici facta novatio? Imprimis etiamsi novatio fieret, equidem id non deberet efficere ut excluderetur poena caducitatis, cum stipulatio poenalis non sit adjecta caducitati, sed morae factae in exsolutione canonis, unde ex eo tantum sequeretur, quod non possit amplius petere canones, utpote extincta obligatione ad eosdem facta novatione; sed nec est verum per adjectionem stipulationis poenalis fieri novationem, uti demonstrabimus sub titulo *de novationibus*.

Sed an dominus non debet interpellare emphy-

teutam ut suo tempore canonem solvat,ut eum expellere possit? R/.Negative, ut probat *L.* 2 *cod. de jur. emph.* in verbis: *sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo,neque praetendente quod non est super hac causa inquietatus,cum neminem oporteat conventionem vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre et debitum spontanea voluntate persolvere, secundum quod et anteriori lege nostri numinis generaliter cautum est.* Provocat igitur ad constitutionem a se desuper factam, ea autem non potest esse alia, quam *L.* 12 *cod. de contrah. et committ. stipul.*, hanc enim solam super hac re fecit,cum nullam aliam habeamus hac de re loquentem: statuit autem ibidem, ut si quis certo tempore se daturum vel facturum promiserit, et si non dedisset vel fecisset poenam promiserit, tunc si intra id tempus non dederit vel fecerit ipso jure poena committatur, nec potest debitor ad evitandam poenam objicere, quod nullus eum admonuerit, sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro stipulationis tenore fiat obnoxius: nam ea quae promisit ipse in memoria sua debet servare, non ab aliis sibi manifestari debet poscere: et sane emphyteuta ipsemet dominum recognoscere debet sponte, itaque ipsemet canonem exsolvere debet, nec debet exspectare donec dominus eum interpellet.

§ XXIII.

Quid igitur si emphyteuta per triennium non solverit, sicque dominus jus acquisiverit eum expellendi, ad quem interim pertinebunt fructus ex re emphyteuticaria percepti, quarto, aut etiam quinto anno antequam dominus eum expellat? Voetius putat cedere emphyteutae, quia dicit, donec dominus eum expellat, res pertinet ad emphyteutam,et ita illos fructus ex re sua percepit; alii putant rem esse in pendenti, ut si dominus eum expellat, fructus intelligantur esse domini; si vero juri suo renuntiaverit, tunc fructus intelligantur esse emphyteutae; sed res ita capienda est (argumento *L.* 4 § 2 *ff. de lege comm.*), ut statim atque intra triennium nullus canon fuerit exsolutus, dominus statuere debeat an velit uti jure caducitatis, an vero emphyteutam relinquere, ad exemplum legis commissoriae, qua, si res sit vendita sub illa lege et extiterit conditio ejusdem, venditor statim statuere debet, utrum velit commissoriam exercere, an potius pretium petere. Interim tamen antequam dominus statuat, ipse emphyteuta adversus extraneos poterit se in jure suo tueri, atque etiam uti omnibus remediis possessoriis adversus extraneos.

§ XXIV.

Emphytensis adhuc cadit in commissum, si res emphyteuticaria culpa emphyteutae sit deteriorata, (*nov.* 120 *cap.* 8); ubi id statuitur in emphyteusi ecclesiastica, jam vero non apparet differentiae ratio inter emphyteusim ecclesiasticam et saecularem.Et sane conductor, si re conducta abutatur,potest ex illa causa expelli, cur non et emphyteuta? Volunt quidem aliqui dare disparitatem, scilicet quod emphyteuta habeat jus fortius quam conductor, cum ille habeat jus reale, ubi hic tantum habet actionem personalem; sed notandum est,jura multum in hoc inclinasse, ut quoties emphyteuta non servaret conventiones adjectas in emphyteusi, illa reverteretur ad dominum directum; jam vero emphyteusis datur ad meliorationem, ubi autem emphyteuta rem non meliorat, sed e contra deteriorem facit, non servat conventionem, adeoque emphyteusis debet reverti ad dominum.

§ XXV.

Quid si emphyteusis in commissum ceciderit, an emphyteuta poterit recuperare impensas, quas in rem emphyteuticariam fecit? Et siquidem agatur de impensis, quas fecit plantando, serendo et similibus, has recuperare non poterit, cum ad eas faciendas ex natura emphyteuseos teneretur; si vero in fundo emphyteuticario aedificium ad fructus cogendos necessarium construxerit, impensas in aedificando factas, saltem mediante retentione sibi poterit prospicere, neque est distinguendum, an ejus culpa emphyteusis ceciderit in commissum, nec ne; cum et malae fidei possessori hoc remedium non denegetur, quo certo emphyteuta non debet esse deterioris conditionis.

§ XXVI.

Extinguitur etiam emphyteusis per praescriptionem, quod certo non debet intelligi de dominio directo, cum emphyteuta rem tamquam emphyteuticariam possidens, dominum semper recognoscat, sed de jure emphyteuticario.

DIGRESSIO

AD

TITULUM XVIII LIBRI QUADRAGESIMI TERTII DIGESTORUM

DE SUPERFICIEBUS.

§ I. Quare hic subjiciatur Titulus de superficiebus, et quid sit superficies.
§ II. Quomodo constituatur.
§ III. Jura et obligationes superficiarii.
§ IV. Quomodo extinguatur superficies.

§ I.

Hunc titulum priori subjicimus propter connexionem utriusque materiae. Superficies est omne

Digitized by Google

id, quod super solum extistit et eidem cohaeret, unde etiam arbores et plantae recte dicuntur superficies, hic autem nomine superficiei venit aedificium solo inhaerens. Jus superficiarium, de quo agitur in hoc titulo, est jus habendi aedificium in alieno solo, tamquam suum, itaque ad jus superficiarum haec duo requiruntur, ut ponatur superficies in alieno solo, et ut jus habeamus habendi aedificium tamquam nostrum.

Sed dicet quis, quomodo hoc fieri potest, numquid omne aedificium, tamquam accessorium, solo cedit, et ita qui dominus est soli, est etiam dominus aedificii? Hoc sustinetur tuitione praetoris, qui in casu superficiario concedit aliquod quasi dominium in superficie, ex quo etiam ei dat utilem in rem actionem.

§ II.

Constitui potest jus superficiarium vel per locationem, vel per venditionem: per locationem, v. g. si quis habeat aedificium in suo positum et illud alteri elocet, ut habeat tanquam suum, vel si elocem ipsi fundum, et permittam ut in eo aedificium extruat, illudque habeat tamquam suum, utroque autem casu requiritur ut id fiat ad tempus non modicum, ut probat *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*; constituitur etiam per venditionem, v. g. si vendam superficiem ut eamdem habeat emptor tanquam suam, vel etiam ut ipsi vendam jus ponendi aedificium in meo solo, ut illud extructum habeat tamquam suum.

Aliqui tamen negant superficiem constitui posse per venditionem, moti per *L.* 74 et 75 *ff. de reivind.*, item per *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*, in quibus dicitur *superficiem constitui per conductionem*: ex quo inferunt eamdem non costitui per venditionem; sed argumentum a contrario sensu nihil probat contra textum expressum, qui extat in *L.* 1 § 1 *ff. eod.*, in qua dicitur *etiam per venditionem superficiem constitui*, scilicet ideo in plerisque legibus tantum fit mentio locationis conductionis, quia frequentius solet constitui superficies per locationem conductionem, quam per venditionem.

§ III.

Superficiarius, superficie constituta, jus habet ejusdem habendae, possidendae, utendae, fruendae, incolumis servandae, et disponendi de re tamquam sua, etiam potest opus novum nunciare ratione ejusdem, quamvis operis novi nunciatio tantum fieri possit ab eo, qui habet dominium vel servitutem praedialem, quia scilicet, quamvis superficiarius non habeat verum et directum dominium, habet tamen jus dominio proximum, ratione cujus etiam opus novum nunciare poterit. Potest insuper superficiarius petere cautionem de damno infecto, et agere interdicto *uti possidetis*, verbo, fere eadem jura competunt superficiario, quae emphyteutae, unde etiam servitutes et usumfructum imponere potest, si non ipso jure, saltem tuitione praetoris, qui actiones utiles eo casu concedit (*L.* 1 § 9 *ff. h. t.*); his consequens est quod possit etiam jus suum in alterum transferre; sed an, si vendat, teneatur etiam domino dare praeferentiam, uti fit in emphyteusi? Et verius est non debere, cum id nullibi in legibus statutum inveniatur; scilicet in emphyteusi hoc singulariter contra communia juris principia receptum est, nam de jure communi unusquisque jus sibi competens in quemcumque voluerit libere transferre potest; cum illud igitur specialiter sit constitutum in emphyteusi, non debet extendi ad consequentias.

Praeter actionem realem, quam habet superficiarius, et quae provenit ex dominio utili, quod habet in ipsa superficie, habet actionem personalem, nimirum conducti vel ex empto contra dominum, qui ipsi superficiem concessit, qua eum convenire potest, si forte non patiatur uti superficie; hinc etiam fit, quod si forte superficiarius non possit uti superficie, propter aliquem casum fortuitum, v. g. propter inundationem, pensionem solvere non cogatur, uti fit in locatione conductione; similiter si forte superficies in totum vel pro parte perierit, etiam eatenus liberatur a mercede, quod aliter obtinere vidimus in emphyteusi, etenim superficiarius pensionem solvit pro ipsa superficie, sive potius jure ejusdem, unde quando ejus usum habere nequit, etiam debet liberari a pensione persolvenda, exemplo conductoris, ad quem proxime superficiarius accedit: nam et hic ex eadem ratione liberatur a mercede, si nullos fructus perceperit, quia mercedem pro fructibus praestat: aliud est in emphyteusi; emphyteuta enim, ut vidimus, pensionem praestat non pro fructibus, sed in recognitionem directi dominii.

§ IV.

Sequitur ut videamus quomodo finitur superficies. Et imprimis finitur lapso tempore ad quod fuit constituta; finitur insuper resoluto jure dantis, non tamen semper finito jure dantis: nimirum dicitur resolvi jus alicujus, quando ex postfacto talis casus advenit, quo adveniente, intelligitur numquam jus habuisse, id v. g. fit in pacto legis commissoriae vel addictionis in diem; unde si interim emptor constituisset superficiem, postea, resoluta venditione, et ipsa superficies resolveretur: non semper autem finito jure dantis finitur jus accipientis, scilicet videndum est, an tempore superficiei constitutae, is qui eam constituit, haberet jus irrevocabile, an vero revocabile tantum; si haberet jus revocabile tantum, etiam finito jure illius, qui superficiem constituit, et ipsa superficies cessaret,

Digitized by Google

nemo enim plus juris in alium transferre potest, quam ipsemet habet; et ita cum tempore superficiei constitutae tantum haberet jus revocabile, non potuit etiam in superficiarium jus irrevocabile transferre; itaque si fundus superficiarius esset subjectus fideicommisso, postea adveniente die vel conditione fideicommissi, sicque finito jure constituentis superficiem, et ipsa superficies finietur; si vero is, qui superficiem constituit, tempore constitutae superficiei haberet jus irrevocabile, quamvis postea jus illud amittat, forte quod illam rem alienaverit, propterea superficies non finietur, quia semel constituta superficie, jus superficiarii est independens a jure concedentis.

Finitur etiam superficies sublato corpore, seu superficie; cum enim jus superficiarium sit jus in re, eadem extincta, et jus superficiarium interire debet, unde quamvis postea de novo superficies in fundo superficiario poneretur, quantumvis etiam eadem forma et qualitate, nihilominus maneret extinctum jus superficiarium, eodem modo uti in usufructu, ad quem proxime hac in parte superficies accedit; domus enim quae postea est aedificata non est eadem superficies, in qua ab initio jus superficiarium fuit constitutum.

Finitur etiam, si superficiarius intra biennium non solverit pensionem annuam, idque exemplo locationis conductionis, ad quam superficies per locationem conductionem constituta proxime accedit.

LIBER SEPTIMUS

—

TITULUS I.

DE USUFRUCTU ET QUEMADMODUM QUIS UTATUR FRUATUR.

§ I. Usussfructus definitur et dividitur.
§ II. An ususfructus sit pars dominii.
§ III. Quomodo constituitur ususfructus.
§ IV. Si testator dixerit: *fructus annuos fundi Corneliani lego Titio:* an erit servitus, an reditus.
§ V. Servitute concessa etiam censentur concessa ea, sine quibus servitus exerceri nequit.
§ VI. Modi quibus constituitur ususfructus.
§ VII. An pro parte constitui possit.
§ VIII. Quomodo ususfructus constituitur a judice.
§ IX. Quomodo per usucapionem.
§ X. Quomodo per legem.
§ XI. De usufructu moribus introducto.
§ XII. Jura et obligationes fructuarii.
§ XIII. Obligationes proprietarii.
§ XIV. De officio et oneribus fructuarii.
§ XV. Quis tenetur ad refectiones aedium, an fructuarius, an proprietarius.
§ XVI. Quae differentia, utrum quis habeat usumfructum alicujus rei, vel plenam proprietatem ejusdem cum onere fideicommissi.

§ I.

Ususfructus definitur in *L.* 1 *ff.h.t.* jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia: dividitur communiter in formalem et causalem; *causalis* est, quem dominus habet in re propria jure dominii; *formalis*, quem quis habet in re aliena: caeterum nomine ususfructus semper venit formalis; causalis enim non est jus separatum a jure dominii, nec est servitus, cum omnes servitutes in re aliena esse debeant, unde nec ei convenit definitio tradita in *d.L.* 1 *ff. h.t.*; certum tamen est usumfructum causalem aliquando vocari usumfructum, sic habemus ex *L.* 19 *ff. de usuf. leg.* quod si cui legatus sit fundus, ei et proprietas et ususfructus debeatur, qui ususfructus certe est causalis, utpote cum proprietate conjunctus.

§ II.

Cum dominium plenum praecipue consistat in jure percipiendi omne emolumentum, quod ex re nostra nascitur, omnes conveniunt usumfructum causalem esse partem dominii; sed quoad formalem, ille certe pars dominii non est; nam certum est fructuarium pro nulla parte rei dominium habere, imo contra recte dicimus nos dominos esse ejus fundi, in quo nudam proprietatem habemus, alius usumfructum (*L.* 25 *ff. de verb. sign.*), quia ut ait J. C., *ususfructus non dominii pars est*, unde in § 9 *inst. de leg.* habemus, quod si alicui fundus alienus legatus sit, isque proprietatem emerit et ususfructus ad eum ex causa lucrativa pervenerit, is recte agat, si fundum ab herede petat; nempe cum duae causae lucrativae in eandem personam circa eandem rem concurrere non possint, poterat ille solam proprietatem petere, non etiam usumfructum, quem ex causa lucrativa habebat, et cum regula esset apud Romanos eum qui plus petit, causa cadere, poterat videri plus petere petendo fundum; sed tamen placuit eum recte agere, et ejus petitionem sic explicari, quasi, nomine fundi, nudam tantum proprietatem peteret, ea ratione quod ususfructus non sit pars fundi, adeoque quod is, qui fundum petit, non propterea etiam usumfructum petat. Quamvis ususfructus formalis pars dominii non sit, tamen cum omne emolumentum rei absorbeat, saepe pro parte habetur et consideratur; et ita intelligendus Paulus in *L.* 4 *ff.h. t.*, ubi dicit: *ususfructus in multis casibus pars dominii est*: quae verba non important quod revera pars sit, nam ipse Paulus contrarium asserit in *L.* 25 *ff. de verb. sign.*, sed quod habeatur aeque ac si esset pars fundi, non quidem semper, sed in multis casibus: quandonam autem debeat considerari ut pars dominii, quandonam ut servitus, generaliter dici nequit, sed ex circumstantiis casus propositi est eruendum: interim regula est, quod dum petitio actoris ambiguitatem continet, ea interpretationem accipere debeat in favorem actoris, si reus se non defendat exceptione obscuri libelli (*L.* 172 § 1 *ff. de reg. jur.*). Hinc in casu *d.* § 9 ususfructus

Digitized by Google

non habetur pro parte dominii, contra in casu *L.* 70 § 11 *ff. de fidejc.* habetur pro parte fundi seu dominii. Proponitur ibidem, quod quis promisisset fundum, alter fidejussisset pro usufructu, quaerebatur an fidejussor ex sua fidejussione obligaretur; ratio dubitandi erat quod fidejussor possit quidem in minus fidejubere, quam reus principalis tenetur, sed non potest fidejubere in aliud; itaque si ponamus quod ususfructus sit pars fundi, obligabitur fidejussor quasi partem promiserit ejus, quod reus principalis promisit: contra non obligabitur, si ponamus usumfructum non facere partem, sed quid a fundo distinctum; itaque nn fidejussio sit inutilis, cum omnis causa ita sit interpretanda ut potius valeat, quam pereat, in hoc exemplo placuit usumfructum pro parte considerare, quamvis revera pars non sit, et consequenter obligari fidejussorem. Sic iterum placuit eum considerare ut partem in casu *L.* 66 § 6 *ff. de leg.* 2., ubi is, qui nudam proprietatem alicujus fundi habebat, eum fundum legaverat: dicit J. C. non tantum nudam proprietatem, quae apud defunctum erat, praestandam, sed et usumfructum, quamvis apud alterum sit, idque conformiter ad voluntatem testatoris, qui dum eum fundum legavit, voluit ut confestim omne emolumentum ejus ad legatarium pertineret, quod non contingeret, si legatarius deberet expectare donec ususfructus apud alterum esset finitus.

§ III.

Constituitur ususfructus a domino fundi, tam actu inter vivos, quam suprema voluntate: actu inter vivos, per pactiones aut stipulationes, modo eas subsequatur quasi traditio; generale enim est, jus reale actu inter vivos absque traditione non transferri, secus ac per ultimam voluntatem, ubi ipso jure ab adita hereditate jus reale transfertur. Potest autem actu inter vivos variis modis ususfructus a proprietate separari. Sic potest quis usumfructum fundi sui in alium transferre, et sibi proprietatem retinere, vel proprietatem in alium transferre, retento sibi usufructu, vel etiam transferre usumfructum in unum, proprietatem in alterum. Variis etiam modis separatur per testamentum, ut dum testator usumfructum alicui legat, quo casu proprietas penes heredem remanet: vel dum legat alteri nudam proprietatem, quo casu ususfructus apud heredem manet: vel etiam dum uni legat usumfructum alicujus fundi, alteri nudam proprietatem; hoc autem ultimo casu cavere debet testator quibus verbis leget, nam si v. g. leget Titio fundum, Maevio usumfructum ejusdem fundi, eo proposito ut Titius nudam proprietatem habeat, Maevius solus usumfructum, errore labitur, ait J.C. in *L.* 19 *ff. de usu et usuf. leg.*; nam in casu ususfructus inter Titium et Maevium communicabitur; cum enim Titio fundum legaverit, et nomine fundi veniat tam ususfructus quam proprietas, ususfructus hic reperitur tam Titio, quam Maevio legatus: nec facit quod nomine fundi, saltem improprie sumpti, etiam veniat nuda proprietas, et quod recedendum sit a propria verborum significatione, si appareat voluntatem testatoris id exigere; nam hoc argumentum procederet quidem, si constaret testatorem voluisse nudam proprietatem Titio legare; jam autem in casu *L.* 19 loquitur J. C. de eo, qui propositum tantum habebat relinquendi nudam proprietatem Titio; propositum autem est voluntas in mente retenta, seu de qua non apparet; itaque si testator uolit ut ususfructus inter Titium et Maevium communicetur, ita legare debet; *Titio lego fundum, detracto usufructu, Maevio usumfructum.*

Quid si quis legaret usumfructum omnium bonorum Titio, Maevio usumfructum fundi Tusculani, an jam etiam Titius cum Maevio in usufructu fundi Tusculani concurret? R᷉. negative; legando enim usumfructum fundi Tusculani Maevio, censetur testator legatum generale Titii diminuere; regula enim est, quod generi per speciem derogetur (*L.* 80 *ff. de reg. jur.*). Sic si quis Titio omnes servos suos, Maevio Stichum unum ex servis suis leget, Stichus ad solum Maevium pertinebit (*L.* 99 § *ult. ff. de leg.* 3.).

§ IV.

Dubium etiam aliquando oritur ex verbis, quibus testator usus est, an usumfructum legare voluerit: sic, quid si dixerit, *fructus annuos fundi Corneliani lego Titio?* Si dixisset *fructum*, certe ususfructus legatus foret; nil enim interest an fructus an ususfructus legetur (*L.* 14 § 1 *ff. de usu et habit.*); sed cum *fructus* dixerit in plurali numero, poterat videri eum non voluisse legare usumfructum, sed ipsa corpora fructuum, quae non possunt dici ususfructus, eum is sit in incorporalibus, J. C. tamen in *L.* 10 *ff. h. t.* dicit periude accipi debere hunc sermonem, ac si ususfructus fundi esset legatus: ratio est, quod ea censeatur fuisse voluntas testatoris, qui praesumitur quam minime heredem gravare voluisse; jam autem multo levius erit heredi, si dicamus usumfructum legatum esse, quam si ipse quotannis fructus percipere deberet, et eos legatario praestare, seu quam si reditus annuus legatus esset; accedit quod frequentius legetur ususfructus, quam legetur annuus reditus, utpote cum hic facile litibus causam praebere possit, ex eo quod legatarius praecludere posset fundum ab herede non recte coli, et sic non tot fructus ab eo percipi, quot percipi possent, si recte cultus esset.

Obstare tamen videtur *L* 38 *ff. de usu et usufr. leg.*, ubi respondit J. C. non esse usumfructum legatum; sed in eo differt hoc legatum a superiori, quod hic testator dixerit *dari volo*, quibus verbis injunxit heredi factum, seu ut heres det fructus

legatario; jam autem notum est servitutem consistere non posse in facto ejus, cujus res servit, sicque nequit dici ususfructus legatus.

§ V.

Notandum quod qui aliquid alteri concedit, censeatur etiam ea concedere, sine quibus haberi non potest id quod conceditur; hinc est quod qui usumfructum legat, censeatur et adminicula legare, sine quibus legatarius uti frui non posset (*L.* 1 § 1 *ff. si usuf. pet.*), quare si quis duos fundos habens, alterius mihi usumfructum leget, si ad fundum istum pervenire nequeam, nisi transeam per alterum fundum, heres sinere debet ut per eum transeam, poteroque ad hunc finem agere actione ex testamento. Hinc etiam si testator fundi usumfructum mihi leget, Titio alium fundum, per quem necessario transire debeo ut ad fundum fructuarium perveniam, non potero quidem Titium convenire, ut mihi aditum praestet, sed heredem conveniam, ut aditum mihi redimat a Titio, eumque mihi praestet (*L.* 44 § 9 *ff. de leg.* 1). Sed an Titius cogetur vendere aditum ad fundum fructuarium? Sane si Titius non esset legatarius hujus fundi, sed eum aliunde haberet, cedere aditum non cogeretur; nemo enim cogi potest, ut rem, vel jus vendat, nisi ex publica utilitate; adeoque tunc, si Titius nollet cedere aditum, heres, eum usumfructum cedere non posset, ejus aestimationem praestare deberet, sed cum Titius habeat eum fundum ex legato, et liberalitate testatoris, aequum visum fuit, ut si fundum sibi legatum petat, nec velit concedere transitum per istum fundum, heres possit eum repellere per exceptionem, quatenus videtur agere contra voluntatem testatoris, qui, cum sciret nullum esse aditum ad fundum fructuarium, quam per fundum Titio legatum, et per hunc semper solitus esset transire, verosimiliter voluit ut et fructuario per eum fundum aditus esset (*L.* 15 § 1 *ff. de usu et usuf. leg.*).

§ VI.

Quod attinet modum quo constituitur ususfructus, potest pure vel sub conditione constitui; item ad certum tempus, vel ex certo tempore. Huc pertinet *L.* 4 *ff. si ususf. pet.*, ubi testator legaverat fundum Titio, detracto usufructu; Maevio legaverat usumfructum istius fundi sub conditione: cum Maevius usumfructum consequi non posset ante existentiam conditionis, quaerebatur apud quem pendente conditione ususfructus esse deberet, an apud heredem, an apud Titium; et decidit J. C. apud Titium proprietarium eum esse debere: ratio est, quod ususfructus semper sequatur proprietatem, nisi ab ea sit detractus; jam autem in casu non existit conditio, sub qua Maevio relictus est, et sic nondum est a proprietate detractus: verum quidem est quod Titio legatus sit fundus, detracto usufructu, ex quo videtur sequi quod voluntas testatoris resistat, quominus ususfructus interim apud Titium sit; sed non ita est, nam per illa verba testator detraxit usumfructum in favorem Maevii, ita ut quodammodo conditionaliter sit detractus, si nempe existat conditio Maevio adscripta, jam autem ea conditio non existit, et Maevius eo favore gaudere nequit, adeoque non existit conditio, sub qua ususfructus a proprietate detractus est.

Objici potest quod res sub conditione legata, ea pendente, remaneat apud heredem, adeoque quod ususfructus, qui in casu sub conditione legatus est, ea pendente, apud heredem manere debeat; sed disparitas est, quod alia legata detrahantur heredi, sicque pendente conditione, cum non reperiantur adhuc detracta, apud eum remanere debent; aliud est de legato ususfructus, qui a proprietate detrahitur, et sic si nondum existat conditio, eam sequi debet.

Objicit etiam sibi J. C. hoc argumentum, quod si testator simpliciter legasset fundum alicui, detracto usufructu, ususfructus apud heredem foret, et sic etiam in casu videatur apud heredem esse debere; sed ad hoc respondetur quod in casu objecto non appareat alius quam heres, in cujus favorem testator detraxisset usumfructum: sic is debet dici detractus in favorem heredis, sed in casu nostro legavit eum Maevio, sic in favorem solius Maevii detraxit, et adeo eum Maevius eum habere nequeat, apud Titium proprietarium esse debet.

§ VII.

Potest etiam pro parte constitui ususfructus: sic possum alicui concedere usumfructum medietatis fundi mei; vel si habeam fundum cum alio communem pro indiviso, in parte mea alteri usumfructum possum constituere (*L.* 5 *ff. h. t.*), et in eo differt ususfructus a servitutibus praedialibus, quae pro parte constitui nequeunt; nam servitutes praediales in usu et facto utentis consistunt; facta autem sunt individua (*L.* 72 *pr. ff. de verb. oblig.*). Sic nemo potest pro parte ire aut agere, nec factum poni potest, nisi in re corporali; jam autem pars fundi pro indiviso est incorporalis, adeoque ei imponi nequit servitus praedialis; aliud est de usufructu, licet enim et is ab initio in facto consistat, tamen pro objecto habet fructus rei, qui, cum dividi possint, et pro parte capi, etiam ipsum usumfructum reddunt dividuum. Ex eo quod ususfructus sit dividuus etiam sequitur, quod si is, qui usumfructum alteri promisit, decesserit duobus relictis heredibus, debeat stipulator a singulo herede partem, seu in casu medietatem ususfructus petere; omnes enim obligationes, quae dividuae sunt, per *L.* 12 *tabb.* inter heredes pro partibus here-

ditariis dividuntur. Aliud esset, si promissor servitutis praedialis decederet, pluribus relictis heredibus; quisque enim heredum ad solidam servitutem posset conveniri, cum enim servitus sit individua, etiam obligatio ad servitutem individua est; jam autem obligationes individuae ad quemquo heredem in solidum transeunt (*L.* 17 *ff. de serv.*).

§ VIII.

Constituitur etiam ususfructus a judice in judiciis divisoriis, familiae erciscundae, et communi dividundo: sic si habeam rem cum Titio communem, et velim a communione discedere, res autem commode dividi nequeat, potest judex uni nostrum adjudicare usumfructum illius rei, alteri proprietatem, eritque tunc ipso jure constitutus ususfructus, licet nulla traditio intervenerit.

§ IX.

Constituitur praeterea per usucapionem, si a non domino usumfructum bona fide et justo titulo traditum acceperim, eumque 10 annis, si agatur de re immobili, 3 annis, si de mobili, possederim.

§ X.

Tandem constituitur per legem, qualis est quem pater habet in bonis adventitiis filiifamilias; item quem habet parens, qui secundas nuptias contraxit, nam si ex priori matrimonio dentur liberi statim ac nubit, amittit proprietatem omnium rerum, quae a conjuge praemortuo ad eum pervenerunt, sive per testamentum, sive per mortis causa donationem, aut aliocumque modo, ita ut proprietas illarum rerum statim ad liberos pertinere incipiat, et parenti nudus ususfructus servetur (*L.*5 *cod. de secund. nupt.*).

§ XI.

Alius ususfructus legalis est, quem moribus nostris conjux superstes habet in bonis conjugis praedefuncti, proprietate ad liberos, tamquam heredes parentis sui spectante. Huic similo est jus devolutionis, quod in his regionibus obtinet, vi cujus, matrimonio per mortem unius conjugis soluto, et extantibus ex eo liberis, conjux quidem superstes bonorum propriorum immobilium proprietatem retinet, sed vincolatam, ita ut alienare ea nequeat, sed ea necessario post ejus mortem pervenire debent ad liberos ex eo matrimonio natos, si modo parenti supervivant, aut liberos ex se relinquant; hoc ergo jus devolutionis non aufert a parente superstite proprietatem, sed tantum illam vinculat; ita ut nullo modo de iis possit disponere, ad liberos vero nil aliud transit, quam securitas in illa bona succedendi, casu quo parenti supervivant, exclusis aliis liberis a parente ad quem bona pertinent, ex aliis nuptiis forte procreandis; et in eo differt jus devolutionis a jure, quod habet conjux in bonis conjugis praemortui; in his enim solum usumfructum habet, nullomodo proprietatem, sed ea ad liberos transit: hinc sequitur, quod si conjux superstes bona defuncti conjugis alienaverit, alienatio nulla sit, sive liberi ei supervivant, sive ante parentem superstitem mortui sint, nullis descendentibus ex se relictis; poterunt enim heredes eorum bona illa ab iis vindicare, in quos sunt translata, cum eorum proprietas ad liberos pertinuerit, et jam ad eorum heredes pertineat, sicque conjux superstes ea alienare non potuerit: aliud est de bonis ipsius conjugis superstitis, si enim is ea alienaverit, poterunt quidem liberi, si ei supervivant, bona illa vindicare, sed si moriantur ante parentem suum, nullis ex se liberis relictis, rata erit alienatio, nec heredes illorum ullo modo ea bona vindicare poterunt; nam jus devolutionis tantum introductum est, ne liberi successione parentis superstitis fraudentur per alienationem, secundas nuptias etc., sicque cum devolutio eis nullum jus praesens tribuat in illis bonis, sed tantum securitatem, casu quo supervivant, sequitur quod si praemortui sint, alienatio maneat valida, nec eam heredes liberorum improbare possint.

§ XII.

Usufructu constituto, fructuarius habet jus percipiendi omnem utilitatem, ad quam res ex natura sua, vel ex destinatione ejus, qui usumfructum concessit, parata est (*L.*9 *ff. h. t.*), uti etiam potest omnibus servitutibus fundo fructuario debitis, considerantur enim et haec ut qualitates fundi (*L.*86 *ff. de verb. sign.*). In *L.*9 § *ult.* et *L.* 10 *ff. h. t.* quaeritur de usufructu sylvae, an caedere eam possit fructuarius? Diciturque quod si sylva caedua sit, eam caedere possit, uti dominus eam caedere solebat; imo et vendere, licet eam vendere non soleret dominus: si vero sylva non sit caedua, caedere eam non poterit, uti nec arbores grandes juxta prata, aut sepes forte plantatas (*L* 11 *ff. h. t.*); quod attinet arbores evulsas, vel vi ventorum dejectas, inspici possunt *L.* 12 *pr.*, *L.* 18 et 59 *pr. ff. h. t.* Ex eo quod fructuarius illos tantum fructus et utilitatem percipere debeat, ad quam res comparata est ab eo, qui usumfructum concessit, sequitur quod non possit fructuarius ad alios usus eam transformare, ut exemplis ostenditur in *L.*15 § 1 *ff. h. t.*, non enim tunc deterior re fructuaria ad mentem concedentis; itaque nec agrum in pratum mutare potest, quamvis plus lucri inde porcipi posset, nec ex locis ambulatoriis, et amoenitati constitutis hortos alitorios facere etc. (*L.* 13 § 4, 7, et 8 *ff. h. t.*).

Potest fructuarius usumfructum alteri locare,

Digitized by Google

vendere, donare, ita tamen ut non vendat ipsum jus radicale ususfructus, hoc enim ejus personae ita cohaeret, ut ab ea avelli nequeat, sed ipsam perceptionem fructuum, seu ut emptor vel donatarius tamdiu re frui possit loco fructuarii, quamdiu ususfructus in persona fructuarii consistet.

§ XIII.

Quod attinet proprietarium, is nullo modo fructuarium debito modo utentem impedire potest, nec quidquam facere, per quod ejus conditio deterior fiat; hinc nec servitutem fundo fructuario imponere potest, per quam nocetur usufructui, nec servitutem fundo debitam remittere (*L.* 15 § *ult. ff. h. t.*).

Sed an consentiente usufructuario servitutem imponere potest? Id quidem plurimi negant; sed, ut videtur, invita juris ratione; quisque enim de re sua pro libitu disponere potest, modo nemini faciat injuriam; jam autem fructuario in casu nulla fit injuria, cum impositioni servitutis consentiat; praeterea proprietarius et fructuarius simul habent plenum fundi dominium; atqui ille vel illi, penes quem vel penes quos plenum rei dominium est, alteri per servitutem aut alium modum jus in ea re constituere possunt. Qui contrarium tenent moventur *L.* 15 § *ult. in fin. ff. h. t.*, ubi sic dicitur, ***proprietatis dominus nequidem consentiente fructuario servitutem imponere potest***; sed illa verba commode sic accipi possunt, ut sensus eorum sit, quod possit proprietarius imponere servitutem, ***nequidem consentiente fructuario***, hoc est licet non consentiat fructuarius, ita ut particula ***nequidem*** non afficiat verbum ***potest***, sed verbum ***consentiente***; itaque hoc vult J. C. quod possit proprietarius imponere servitutem fundo fructuario, etiam sine consensu fructuarii, si nempe talis sit servitus, quae non noceat fructuario. Sed huic interpretationi videtur resistere *L.* 16, quae immediate subjicitur, ***nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat***, quae verba si jungamus verbis § *ult. L.* 15, habebimus hunc sensum in nostra interpretatione, quod proprietarius possit imponere servitutem sine consensu fructuarii, excepto casu ubi deterior non fieret fructuarii conditio, qui sensus esset absurdus; sed ad hoc respondetur, quod in *L.* 16 loco ***nisi*** legendum ait ***nimirum si***, quod adhuc in aliis legibus contingit; ex abreviationibus enim, quibus utebantur veteres, imperitus aliquis scriptor facile loco ***nimirum si***, ponere et scribere potuit ***nisi***, cum utrumque eodem fere modo scriberetur; hac correctione admissa, sensus erit, quod proprietarius possit servitutem imponere sine consensu fructuarii, si fructuarii conditio deterior non fiat, ut si agatur de servitute altius non tollendi.

Tandem nostrae interpretationi repugnare videtur *L.* 17 *princ. ff. h. t.*, quae cum sit ejusdem Ulpiani, cujus est *L.* 15, et ex eodem ejus libro desumpta sit, ei conjungenda est: in illa autem dicitur, quod proprietarius possit locum religiosum facere consentiente fructuario, et quod hoc receptum sit favore religionis, ex quo videtur sequi, quod eum in impositione servitutis favor religionis non militet, imponere eam nequeat proprietarius, licet ususfructuarius consentiat: sed ad hoc dicimus quod illa verba *L.* 17, ***et hoc verum est favore religionis***, sint transponenda; nam quid opus recurrere ad favorem religionis ad probandum, quod proprietarius et fructuarius simul possint locum religiosum reddere, certe naturaliter id possunt, cum ad eos simul omne jus fundi pertineat; itaque dicimus verba citata paulo inferius ponenda esse, nempe statim addit J. C. quod proprietarius possit locum religiosum facere sine consensu fructuarii, si v. g. agatur de testatore sepeliendo, et alius locus opportunus non sit; jam optime hic quadrat ratio quod hoc receptum sit favore religionis; nempe, ut diximus, proprietarius non potest deteriorem reddere conditionem fructuarii, adeoque ut in casu id possit, opus erat favorem religionis adhibere; itaque sic textus est legendus: ***sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest, et hoc verum est favore religionis.***

§ XIV.

Reliquum est ut de officio et oneribus fructuarii videamus. Debet itaque fructuarius re uti, ita ut in ea versetur boni viri arbitrio, id est ut ea non abutatur: quod si aliter utatur, eo nomine tenebitur proprietario; hinc si servitutes fundo fructuario debitae, eo non utente, amissae fuerint, hoc nomine tenebitur; item si rem fructuariam ab alio permiserit usucapi (*L.* 15 § 7 *ff. h. t.*, *L.* 1 § *ult. ff. usuf. quemadm. cav.*): potest etiam proprietarius antequam fructuarium utifrui permittat, cautiones ab eo petere se recte usurumfruiturum; et ex hac cautione praestita orietur proprietario actio contra fructuarium ad id quod ejus interest; praeterea si quod damnum datum sit etiam legis Aquiliae actionem proprietarius habebit; si tamen sine dolo aut culpa fructuarii res perierit, aut per usum attrita sit, securus erit fructuarius (*L.* 9 § 3 *ff. usuf. quemadm. cav.*): quid praeterea ad onus fructuarii pertineat vide in *L.* 9 § 6, *L.* 68 § *ult.*, *et L.* 27 § 3 *ff. h. t.*

§ XV.

Quod attinet refectiones aedium, quarum quis habet usumfructum, illae, si sint modicae, ad usumfructuarium pertinent; aedes enim tueri debet, et sarta tecta praestare, caeterum majores refectio-

nes, seu restaurationes ad eum non pertinent, ut si pars aedium vetustate corruerit (*L.* 6 § 2, *et* 3 *ff. h. t.*).

An ergo proprietarius tenetur facere majores refectiones? Nec ille quidem (*L* 65 § 1 *ff.h.t.*), satisfaciet enim si praestet usum rei prout est. nec in alterius gratiam has impensas facere debet. Praeterea notandum, quod in illis casibus, quibus refectio spectat ad fructuarium, possit is ab hoc onere se liberare usumfructum relinquendo (*L.*64 *ff.h.t.*); nam ad refectionem tantum est obligatus ratione rei, cujus usumfructum habet, et sic eum relinquendo cessat ratio, ob quam tenebatur; si tamen facto ejus quid deterius factum sit, et ita obligetur ad id damnum resarciendum, eo onere se liberare non potest, licet usumfructum derelinquere vellet (*L.*65 *pr. ff.h.t.*); tunc enim ad refectionem incipit obligari, non ratione rei, sed facto suo, a qua obligatione liberare se nequit.

Quid si fructuarius majores refectiones fecerit, ad quas non tenebatur, an eas poterit repetere a proprietario, finito usufructu? Certe actionem nullam ad eas impensas repetendas habebit, si enim aliquam haberet, foret actio negotiorum gestorum; verum ad hanc non sufficit aliquid necessario aut utiliter fuisse impensum in rem alienam, sed requiritur ut contemplatione domini impensum sit; jam autem hoc factum non est, sed sui gratia fecit; caeterum poterit sibi consulere per retentionem, ut bonae fidei possessor, qui in alieno impensas fecit; hic enim etiam nullam actionem habet ad eas repetendas, sed ope retentionis a domino suam rem repetente eas deducit.

§ XVI.

Quae est differentia utrum quis habeat usumfructum, v. g. alicujus rei, cujus proprietas est penes Titium; an vero plenam proprietatem cum onere fideicommissi Titio post mortem suam restituendi? Haec, quod priori casu post mortem usufructuarii, ususfructus revertatur ad proprietatem, sive illa apud Titium adhuc sit, sive Titio mortuo, apud ejus heredes, aut alios in quos eam Titius transtulit: secundo autem casu, si Titius moriatur, ante eum qui fideicommisso gravatus est, nil quidquam juris ad heredes suos transmittet, cum mortuus sit ante diem fideicommissi cedentem, itaque res illa libere transibit ad heredes ejus, qui gravatus erit, utpota fideicommisso deficiente.

TITULUS II.

DE USUFRUCTU ACCRESCENDO.

§ I. Quandonam inter plures locus est juri accrescendi.
§ II. De differentiis juris accrescendi inter proprietatem et usumfructum.
§ III. Idem.
§ IV. De relegatione ususfructus casu quo fructuarius primum usumfructum amittat.
§ V. Exponitur *L.* 3 § 2 *ff. quib. mod. usuf. etc.*
§ VI. Item *L.* 1 § 4 *ff. h. t.*, item *L.* 3 § 2 *ff. h.t.*

§ I.

Ex principiis de jure accrescendi in *Recit. Hein.* notum est nunquam esse locum juri accrescendi inter aliquos, nisi conjuncti sint, seu nisi eadem res pluribus sit relicta; hinc si ponas Titio medietatem fundi Tusculani legatam esse, Maevio alteram medietatem, si unus eorum deficiat, puta qood legatum repudiet, aut mortuus sit antequam legati dies cedat, pars ejus non accrescet alteri, sed apud heredem remanebit; idem est, si supponas Titio medietatem ususfructus fundi legatam esse, Maevio alteram; nempe in his exemplis Titius et Maevius conjuncti non sunt, seu non est ipsis relicta eadem res, sed cuique partes a se invicem distinctae. Hinc notandum quod nullus legatarius per jus accrescendi plus consequatur quam ab initio testator ei reliquerat; nam jus accrescendi fundatur in voluntate testatoris, adeoque contra eam operari non potest; sic quia in casibus positis testator cuique medietatem tantum assignaverat, fieri nequit ut plus consequatur unus, quia alter deficit. Contra, si ponamus testatorem ita legasse: lego Titio et Maevio fundum Tusculanum, vel sic lego Maevio fundum Tusculanum, lego Titio eumdem fundum, tunc testator cuique totum fundum assignat; sed cum quisque eorum totum habere nequeat, casu quo uterque concurrat, necesse est cuique partem dare; quod si unus deficiat, jam alter totum habebit, quoniam ei totus legatus est, et jam nil impedit quominus totum habere possit, altero non concurrente, itaque in hoc casu legatarius, qui legatum acceptat, jure accrescendi nil plus consequetur quam ab initio ei relictum erat. Ex his patet quid dicendum sit de hoc exemplo: *lego Titio duas tertias fundi Tusculani, Maevio duas tertias ejusdem fundi:* sane si uterque concurrat, quisque habebit unam secundam fundi; nam concursus eorum efficit quominus cuique duae tertiae dari possint, cum neque res tantum habeat tres tertias et non quatuor: quod si unus deficiat, alter non consequetur plus quam duas tertias, quoniam ei plus relictum non est, sicque ei tantum accrescet una sexta fundi, quam minus habuisset, si alter concurrisset.

§ II.

Caeterum hic locus non est agendi generaliter de jure accrescendi, sed tantum de jure accrescendi, quod obtinet inter plures, quibus ususfructus ejusdem fundi relictus est; quod jus, cum in aliquibus differat a jure accrescendi, quod obtinet inter plures, quibus ejusdem rei proprietas relicta

est, ideo de eo specialiter sub hoc titulo agitur. Prima differentia inter jus accrescendi, quod obtinet in usufructu pluribus legato, refertur in *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*; nempe quando eadem res pluribus legatur, statim ac uterque legatum agnovit, omne jus accrescendi cessat; contra in usufructu ejusdem rei pluribus relicto, licet enim omnes legatum agnoverint, fiunt quidem concursu partes inter eos, sed jus accrescendi inter eos salvum manet; ita ut si unus, vel aliqui illorum usumfructum amittant, sive morte, sive alio modo, pars eorum accrescat aliis conjunctis, ita ut quamdiu unus superest, nulla pars ususfructus ad proprietatem revertatur: rationem differentiae hanc dat J. C., *quia ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur*; nempe hoc vult, quod dum proprietas legata est, statim ac legatarius legatum acceptavit, eo ipso momento legatum totas vires exercuit; non enim plus poterat facere, quam dominium transferre in legatarium, quod dum translatum est, omnem vim suam legatum exercuit, et sic eo ipso momento, quo uterque ex iis, quibus eadem res legata erat, legatum acceptavit, jus accrescendi cessat, cum ipsum legatum cesset. Aliud est de legato ususfructus; hoc enim legatum nondum vires suas exercuit, licet legatarius legatum agnoverit, quia cum ususfructus consistat in facto utendi fruendi, quod factum quotidianum est, etiam videtur ususfructus quotidie legari; hinc si v. g. Titio et Maevio legatus sit ususfructus alicujus fundi, utrique eorum totus legatur, non tantum eo momento quo legatum agnoverunt, sed etiam post agnitionem singulis diebus totus eis legatur; quod autem totum singulus habere nequeat, est propter concursum alterius: quando ergo unus deficit seu amittit usumfructum, cum alteri continuo totus adhuc legetur, et jam is totum habere possit, pars quae apud deficientem erat, ei accrescet. Accedit et alia ratio superioris differentiae inter usumfructum et proprietatem, nempe quod ubi quis proprietatem sibi relictam agnovit, ea irrevocabiliter ei acquiritur, ita ut eam ad heredes transmittat, et in alios transferre possit; sic non mirum quod dum unus ex pluribus conjunctis partem suam acceptavit, alteri nil amplius possit accrescere; ast ususfructus certis modis amittitur a fructuario; quando ergo ab uno ex conjunctis est amissus, videndum ad quem testator potius eum pervenire voluerit, an ad alium conjunctum, an ad heredem suum, apud quem est proprietas; jam autem voluntas testatoris magis favet alteri conjuncto, quam heredi, cum ei ab initio totum legaverit, et in ejus favorem heredem privaverit.

§ III.

Alia differentia inter proprietatem et usumfructum, quoad jus accrescendi, colligitur ex *L.* 33 § 1 *ff. de usuf.*, et *L.* 10 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod licet unus ex conjunctis partem suam ususfructus non haberet, tamen retineat jus accrescendi, ita ut si alter postea partem suam amittat, ea priori accrescat. Aliqui hoc sic intelligunt, quod si v. g. Titio et Maevio relictus foret ususfructus fundi, et Titius suam partem repudiasset, vel eam non utendo, vel capitis diminutione amisisset, tamen adhuc retineret jus accrescendi, ita ut si Maevius postea deficeret, portio ejus accresceret Titio, sed male; is enim qui usumfructum repudiavit, vel eum amisit non utendo etc. non est amplius fructuarius, sic non potest amplius gaudere jure accrescendi; nec hoc etiam dicitur in legibus allegatis: verum casus illarum legum hic est: legatus v. g. erat Titio et Maevio ususfructus alicujus fundi: Titius partem suam ususfructus petierat, et per sententiam judicis repulsus fuerat, heresque absolutus, postea Maevius amittit suam partem morte, aut alio modo; jam dicit J. C. quod pars Maevii Titio accrescat, quodque eam partem rursus Titius petere possit, non obstante quod per primam sententiam, quando suam partem vindicabat, fuerit repulsus. Ratio est, quod licet prima vice per sententiam repulsus fuerit, tamen non ideo desierit esse fructuarius, nec ususfructus in ejus persona fuerit extinctus; sententia enim judicis non est modus usumfructum extinguendi, sed hoc unum efficit, ut si fructuarius eum petat, repelli possit per exceptionem rei judicatae; si ergo in ejus persona non sit extinctus ususfructus, manet etiam salvum jus accrescendi: sed poterat dubitari, an si partem ab alio amissam, et sibi accrescentem peteret, non esset repellendus exceptione rei judicatae; toties enim potest ea objici quoties is qui litem amisit, iterum de eadem causa velit experiri, verum decidit J. C. quod exceptio rei judicatae non obstet, si partem accrescentem petat, scilicet exceptio rei judicatae non habet locum, nisi iterum litigetur de eadem re, ex eadem causa, et inter easdem personas; jam autem hic Titius non agit de eadem re, seu non petit idem, quod ante petiverat, antea enim petiverat suam partem ususfructus, nunc autem petit partem accrescentem, quae ad Maevium pertinuerat; et sic, cum de diversa re agatur, non potest ei obstare exceptio rei judicatae. Aliter se res haberet, si fundus Titio et Maevio conjunctim legatus esset; si enim Titius partem suam petens per sententiam judicis repulsus fuerit, et Maevius postea suam partem repudiaverit, Titius partem Maevii deficientis petens exceptione rei judicatae repelleretur: disparitatem hanc allegat J. C. in *d. L.* 33 § 1 *de usuf.*, *quoniam portio fundi, velut alluvio portioni, personae fructus accresceret;* hoc nempe vult, quod unus ex duobus, quibus eadem res legata est, petens partem deficientem alterius, hanc petat ratione suae partis, quatenus pars parti accrescit; itaque suam partem deducit in judicium, et jus suum quod in

illa parte habet, adeoque cum iterum agatur de eadem re, repelli potest exceptiona rei judicatae; sed ususfructus accrescit personae, et sic dum Titius in exemplo posito petit partem a Maevio amissam sibique accrescentem, nullo modo eam petit ratione suae partis, de qua judicatum est, sed ratiouo suae personae; sic de alia re jam agit, quam de qua in priori lite egerat.

§ IV.

Diximus quod dum unus ex duobus in eodem usufructu conjunctis partom suam repudiavit, vel eam amisit non usu, vel capitis diminutione, is, cum desinat esse fructuarius, amplius gaudere nequeat jure accrescendi, ita ut si alter conjunctus postea deficiat, nil priori accrescat: quid tamen, si testator usumfructum ei legaverit in casum, quo eum capitis diminutione v. g. amitteret; ut puta Titio et Maevio testator legavit usumfructum, et adjecit, quod si Titius eum amitteret capitis diminutiooe, adhuc tunc eum legaret? Tali casu vi relegationis Titius post capitis diminutionem resumet usumfructum suum, iterumque gaudebit jure accrescendi, ita ut si Maevius postea deficiat, pars ejus Titio accrescat, nam cum testator ei legaverit usumfructum, et Maevio continuo adhuc legetur, post capitis diminutionem Titii adhuc reperitur utrique legatus ususfructus; sic adhuc sunt in eo coojuncti (*L.3 § 1 ff quibus mod. ususf. vel us. amitt.*): nota itaque quod in casu posito, Titio jus accrescendi non competat vi primi legati ususfructus; nam id amiserat per capitis diminutiunem, sed vi repetitionis, seu vi secundi legati, quo testator ei iterum legavit usumfructum, casu quo eum amitteret capitis diminutione, nec facit quod J. C. dicat, jus accrescendi inter eos salvum esse; nam per hoc nil aliud vult, quam quod illud habeat vi relegationis, quod probatur ex eo, quod J. C. casum hunc comparat casui, ubi testator legaverat usumfructum Titio et Maevio, et adjecerat se, si Titius eum amitteret, Sempronio eum legare, seu Sempronium Titio substituerat, atqui certum est, quod in hoc exemplo Semprouius haberet jus accrescendi vi secundi legati, seu vi substitutionis; ergo etiam, dum J. C. dat Titio jus accrescendi, illud dat vi secundi legati, seu vi relegationis.

§ V.

Huc spectat etiam casus *ejusd. L. 3 § 2 ff. quib. mod. ususf. vel us. am.*, qui hic est: testator Titio et Maevio legavit usumfructum fundi Tusculani, quod si Titius eum amitteret capitis diminutione, relegaverat ei medietatem ejusdem ususfructus: Titio capite minuto, quaeritur quid vi relegationis habere debeat? Dicendum quod habere debeat unam quartam totius ususfructus, Maevius dodrantem; nam reperitur Titius in semisse sibi legato conjunctus cum Maevio; Maevio enim totus ususfructus erat legatus, adeoque etiam semis relegatus Titio, et sic in isto semisse concurrunt, adeoque enique medietas istius semissis danda est, seu Titio quadrans totius ususfructus, Maevio dodrans: sed quid jam si unus deficiat? sane si Titius deficiat, ejus pars seu quadrans accrescet Maevio, qui sic totum usumfructum habebit; quod si Maevius deficiat, ait J. C. quod *pars ususfructus a Maevio amissi accrescat Titio, pars vadat ad proprietatem*; quod quidam sic intelliguot, quasi dimidium dodrantis, qui apud Maevium erat accrescat Titio, dimidium ad proprietatem vadat, sed malo; dicimus enim quod ex parte Maevii deficientis nil Titio accrescat, nisi quadrans totius ususfructus, ita ut apud Titium jam futura sit medietas totius ususfructus, reliqua medietas ad proprietatem vadat: ratio est quod, ut initio monuimus, nemo jure accrescendi plus habere possit, quam testator ei reliquerat; jam autem testator ei taotum reliquerat semissem, ergo etc. Verum quidam est quod ab initio ei esset legatos totus ususfructus; sed id legatum non est considerandum, cum id amiserit capitis diminutione, ita ut vi ejus nullo quidem modo jus accrescendi habeat; igitur tantum considerandum est secundum legatum; jam aotem testator ei tantum reliquerat medietatem, ergo etc.

§ VI.

Ex eo quod non sit jus accrescendi inter plures fructuarios, nisi conjuncti sint, sequitur decisio J. C. in *L. 1 § 4 ff. h. t.*, ubi supponit quod unus instituisset duos heredes, et legasset Titio fundum Tusculauum, deducto usufructu: certe hoc casu ususfructus remanebit penes heredes institutos: sed quid si unus eorum amittat usumfructum? Pars ejus non accrescet alteri heredi, sed ad proprietatem, quae penes Titium est, revertetur (*L. 2 ff. h. t.*): ratio est, quod illi duo heredes in usufructu non sint conjuncti, videtur enim is ab initio divisus inter eos per ipsum testatorem in partes, scilicet hereditarias, ita ut in eo usufructu non tantum habeant partes, quia ambo concurrunt, sed quia ab ipso testatore partes eis relictae sunt; bocque est, quod ait J. C. *non videri usumfructum per concursum divisum*. Ex eadem ratione juri accrescendi locus non est in casu *L. 6 § 1 ff. h. t.*, ubi testator legaverat fundum Tusculanum Titio, deducto usufructu, mihi partem ususfructus ejusdem fundi legaverat, et sic altera pars penes heredem erat: dicit J. C., inter me et heredem juri accrescendi locum non esse, iternm quia non sumus conjuncti, cum mihi pars sit relicta, et altera pars ex voluntate testatoris apud heredem maneat; sic partes di-

stinctas ego et heres habemus. Iterum juri accrescendi locus non est in casu *L.* 11 *ff. h. t.*, ubi testator heredes instituerat, et primum gravaverat, ut usumfructum fundi Tusculani daret Titio, secundum, ut usumfructum ejusdem fundi daret Maevio; dicit J. C. quod, licet ejusdem fundi ususfructus Titio et Maevio legatus sit, inter eos tamen non sit jus accrescendi: ratio est, quod fundus Tusculanus ipso jure per aditionem hereditatis sit divisus inter duos heredes, adeoque, eum quisque eorum non possit gravari ultra id quod habet, primus heres tantum est gravatus usumfructum Titio constituere in sua parte; secundus heres Maevio etiam in sua parte tantum; sic Titio et Maevio diversae partes sunt relictae, adeoque non sunt conjuncti, non magis, ut ait J. C., quam si Titio in una parte fundi ususfructus relictus esset, Maevio in altera.

§ VII.

Tandem notatu digna est *L.* 3 § 2 *ff. h. t.*, ubi dicit J. C. quod si Titio fundus sit legatus, Maevio ususfructus ejusdem, quo casu, ut vidimus ex *L.* 19 *ff. de usu et usuf. leg.*, in usufructu concurrunt, ita ut quisque medietatem habeat, inter eos jus accrescendi sit, ita ut si Maevius deficiat, pars ejus accrescat Titio.

Sed quid interest utrum in exemplo posito pars a Maevio amissa accrescat Titio, vel non, nam equidem ad eum veniet tamquam ad fundi proprietarium? Sane si duas tantum personas ponamus, ut in exemplo posito, nil interest an pars Maevii ad Titium veniat jure accrescendi, an ad eum veniat tamquam proprietarium: sed si ponamus Titio legatum fundum, Maevio usumfructum ejusdem, item Sempronio usumfructum ejusdem, si inter Titium et alios non foret jus accrescendi, et Sempronius v.g. deficeret cum inter Sempronium et Maevium sit jus accrescendi, sequeretur quod pars Sempronii accresceret tota Maevio, ubi si sit jus accrescendi inter Titium et alios, pars Sempronii tam Titio, quam Maevio accrescet.

Quid si Titio et Maevio legatus sit ususfructus alicujus fundi, et Titius proprietatem ejusdem fundi acquisiverit, et ita ususfructus apud eum sit consolidatus? Ait J. C. in eadem *L.* 3 § 2, quod jus accrescendi adhuc salvum maneat, et quod si Titius capite minuatur, aut alius modus existat quo ususfructus amittitur, pars Titii Maevio accrescat; nam cum testator Titio et Maevio usumfructum conjunctim reliquerit, Maevio jus quaesitum est habendi totum usumfructum, quiscumque existeret modus in persona Titii, quo usumfructum amitteret, v.g. cum Titius capite minueretur etc., idque ex voluntate testatoris; hoc autem jus et hanc dispositionem testatoris Titius emendo proprietatem non potuit excludere.

TITULUS III.

QUANDO DIES USUSFRUCTUS LEGATI CEDAT.

Dies legati pure relicti cedit, id est incipit deberi legatum statim a morte testatoris: venit autem, id est legatum peti potest, ab adita hereditate. Effectus cessionis dini hic est, ut si legatarius moriatur post diem legati cedentem, transmittat legatum ad heredes suos; nil autem transmittat, si ante diem legati cedentem moriatur; haecque forte ratio fuit cur leges statuerint, ut dies legati cederet a momento mortis testatoris, ut nempe legatarius moriens ante aditam hereditatem, cum contingere possit, ut heres diu differret hereditatem adire, legatum ad heredes possit transmittere. Aliud est in legato ususfructus: ejus enim dies non cedit, nisi ab adita hereditate, ita ut dies ususfructus legati eodem momento cedat et veniat (*L. unic.* § 2 *ff. h. t.*); ratio est quod ususfructus consideretur ut consistens in facto utendi fruendi, adeoque concipi nequeat sine persona, quae utatur-fruatur, unde sequitur eum non posse deberi, nisi personae, quae hoc factum ponere possit; jam autem is, cui ususfructus legatus est, non potest incipere uti-frui ante aditam hereditatem, cum antea petere usumfructum nequeat, et sic sequitur usumfructum ei non deberi ante aditam hereditatem, nec adeo ejus diem cedere, praeterea inutile fuisset statuere, ut ejus dies ante aditam hereditatem cederet; nullam enim utilitatem legatarius inde habuisset; nam utilitas cessionis dini consistit in transmissione ad heredes; ususfructus autem, cum personalis sit, ad heredes transmitti nequit. Hinc omnium legatorum personalium, seu quae ad heredes nequeunt transmitti, dies ante aditam hereditatem non cedit, ut usus, habitationis, libertatis servo relictae. Ex eadem ratione, qua diximus diem ususfructus pure legati non cedere ante aditam hereditatem, sequitur quod si ususfructus ex die certo legatus sit, ejus legati dies non cedat, antequam dies adscriptus existat: contrarium iterum est in aliis legatis, quorum dies cedit a morte testatoris, licet dies certus eis adjectus sit (*L. unic.* § 3 *ff. h. t.*); hinc infert J. C. in § *ult. d. L.* quod is, qui ante diem legato ususfructus adjectum, usumfructum petit, nil agat, quoniam nempe petit id quod nullo modo debetur; is vero, qui ante diem adjectum petit, non dicitur nil agere, nam id quod in diem debetur, vere debitum est, sed dicitur male agere, seu plus debito petere; qui autem male agebat apud Romanos causa cadebat, ita ut nequidem existente die amplius petere posset quod ei erat debitum (§ 33 *inst. de act.*).

Quid si ususfructus legatus sit in singulos dies, menses, vel annos? Tunc plura sunt legata; nempe singulis diebus, vel annis est novum legatum, ita ut dies eorum legatorum diversis temporibus ce-

Digitized by Google

dat : sic, si ponamus in singulos annos usumfructum legatum, plura legata sunt, singulis annis novum, ita ut dies primi legati cedat primo anno ab adita hereditate, dies secundi, secundo anno, dies tertii, tertio, et sic consequenter; ex quo sequitur quod si fructuarius capite minutus sit, amittat quidem usumfructum ejus anni, sed anno sequenti iterum usumfructum resumet vi novi legati istius anni; legatum enim anni sequentis non potest dici amisisse, cum ejus dies nondum cesserit; idem est si fructuerius longo tempore non sit usus, sequentium enim ennorum usumfructum non amittet: eadem dicenda sunt de usufructu in singulos dies, menses, iterum de usufructu alternis ennis relicto(*L. unic. pr. ff. h. t.*, *L.* 1 § 3, *L.* 28 *ff. quibus mod. ususf. vel us. amitt.*). Hinc nota differentiam inter usumfructum simpliciter relictum, et usumfructum in singulos dies etc. relictum; licet enim ususfructus simpliciter relictus quotidie dicatur legari et constitui, tamen unicus est ususfructus, cujus dies simul cedit, et qui finitur omnibus modis, quibus voluerunt jura usumfructum finiri; sed quando testator expresse eum reliquit in singulos dies etc., constituit plures ususfructus, quorum dies diversis temporibus cedere necesse est, et sic si legatarius in aliquem modum incidat, quo finitur ususfructus, tantum potest amittere illum usumfructum, quem jam habet, non illum cujus dies nondum cessit, aliud tamen esset si moreretur legatarius, aut si res fructuaria intercidisset; tunc enim omnis extinctus esset ususfructus etiam sequentium annorum, cum non amplius existat persona cui debeatur, aut res quoe eum debeat.

TITULUS IV.

QUIBUS MODIS USUSFRUCTUS VEL USUS AMITTITUR.

§ I. Finitur ususfructes morte fructuarii.
§ II. Exponitur *L.* 36 § 1 *ff. de usuf.*
§ III. Item *L.* 29 *ff. de usu et usuf. leg.*
§ IV. Finitur ususfructus elapso tempore ad quod constitutus est.
§ V. Exponitur *L.* 12 *cod. de usuf.*
§ VI. Finitur ususfructus rei interitu.
§ VII. Si domus fructuaria combusta reaedificeter, an reviviscet ususfructus.
§ VIII. Quid si areae, cujus ususfructus legatus est, domus inaedificetur.
§ IX. Quid interest an quis leget usumfructum omnium bonorum, an vero rerum singularum.
§ X. Finitur ususfructus non utendo.
§ XI. Quid considerandum et sciatur, an quis sit usus suo usufructu.
§ XII. Ut quis retineat usumfructum, an necesse est ut per se utatur.
§ XIII. Exponitur *L.* 29 *ff. h. t.*
§ XIV. Extieguitur esusfructes per consolidationem.
§ XV. Finitur etiam cessione et resolute jure coestituentis.
§ XVI. Aliquando in totum, aliquando pro parte tantum amittitur ususfructus.
§ XVII. Finito usufructu, is revertitur ad proprietatem.
§ XVIII. Exponitur *L.* 46 *pr. ff. de usuf.*

§ I.

Ne proprietates inutiles forent semper absente usufructu, placuit ei dere fragilem neturam, cumque certis modis finiri, de quibus hic: et imprimis finitur morte fructuarii, ita ut nunquam ad heredes transeat, nisi testator et heredi fructuarii eum legaverit, quo casu erunt duo ususfructus legati, unus primo fructuario, alter ejus heredibus, ita tamen ut dum testator heredi usumfructum relinquit, eo nomine tantum intelligatur primus heres, non vero heres heredis, quamvis heres heredis mei etiam heres meus dici possit(*L.* 14 *eod. de usuf.*): aliud esset, si quis legatum annuum Titio et heredibus ejus relinqueret, hoc enim legatum etiam ulterioribus heredibus, seu heredi heredis deberetur(*L.* 22 *cod. de leg.*). Quandonam finiatur ususfructus civitati vel alteri corpori relictus vide in *L.* 56 *ff. de usuf.*, et *L.* 21 *ff. h. t.* Nec tantum ususfructus jam constitutus morte finitur, sed et actio ad eum exigendum; hinc si usumfructum stipulatus sim, et moriar antequam is mihi constitutus sit, heredes mei nullam habebunt actionem ad illum consequendum (*L.* 38 § 10 et 11 *ff. de verb. oblig.*); nam quamvis quisque non tantum sibi, sed etiam heredibus censeatur contrahere, aliud tamen obtinet in iis, quae ad heredes non transeunt, seu quae sunt personalia.

§ II.

Huc spectat *L.* 36 § 1 *ff. de usuf.* Stipulatus eram a Titio fundum Cornelianum, deducto usufructu: antequam Titius eum mihi daret, mortuus est: quaerebatur an heres Titii satisfeceret nudam proprietatem mihi dando, an vero plenam proprietatem mihi dare teneretur; et quidem si Titius dum promittebat mihi proprietatem, detracto usufructu, hoc egerit, ut usufructus detraheretur in suum favorem, seu ut in sua persona constitueretur, heres ejus plenam proprietatem mihi praestare tenetur, cum in persona Titii ususfructus amplius nequeat constitui: quod si actum sit, ut in alterius persona constitueretur, heres Titii satisfaciet nudam proprietatem mihi tradendo, et tunc tantum consequer usumfructum, quando persona, in qua constitutus est, inciderit in modum quo amittitur ususfructus. Sed quid si dubium sit in cujus favorem Titius voluerit eum detrahere? J. C. expresse non decidit quid tali casu debeat videri actum; sed ex iis quae subjicit decisio colligi potest; ait enim quod si testator legaverit fundum alicui, detracto usufructu, et heres testatoris mortuus sit

Digitized by Google

antequam fundum traderet legatario, sicque antequam usumfructum deduceret, quod tali casu heres heredis obligetur ad plenam proprietatem legatario praestandam, et de eo minus dubitandum esse, ait, quam in priori casu: ex quibus verbis sequitur nec in priori casu dubitandum esse, quin heres Titii plenam proprietatem mihi debeat, praeterea, ait, in casu legati manifestius apparere, quod testator non detraxerit usumfructum, ut in cujuscumque persona constitueretur, sed ut in persona heredis constitueretur; ergo, insinuat, quod in nostro casu etiam appareat Titium non hoc egisse, ut in cujuscumque persona constitueretur ususfructus, sed ut in sua persona constitueretur.

§ III.

Quid si ususfructus Titio legatus sit, isque sit gravatus eum restituere Maevio, et eum Maevio restituerit, an morte Titii, Maevius eum amittet? Sane ususfructus ipso jure est acquisitus Titio ab adita hereditate, et cum ususfructus sine suo interitu abire nequeat a persona, in qua est constitutus, ad Maevium nil aliud transit ex restitutione, quam commodum seu emolumentum fructuum, ita ut ipse ususfructus, seu jus radicale maneat penes Titium; hinc videbatur dicendum Maevium eum amittere, statim ac Titius moritur, eodem modo sicuti is, qui usumfructum a fructuario emit, statim amittit ac fructuarius moritur: sed tamen, quamvis stricto jure Maevius in casu deberet excidere jure percipiendi fructus, placuit tamen jus illud ei salvum esse, et quoad ejus amissionem considerandam esse non personam Titii, sed Maevii, eodem modo ac si ususfructus in persona Maevii esset constitutus (*L.* 29 *ff. de usu et usuf. leg.*, *L.* 4 *ff. h. t.*). Ratio est, quod haec videatur esse voluntas testatoris, cum enim voluerit usumfructum Maevio restitui, consideravit Maevium ut fructuarium, et sic voluit eum tamdiu uti-frui donec ipse incidat in modum, quo ususfructus amittitur, et sic si heres, mortuo Titio, velit plenam proprietatem ad se pervenire, repelletur exceptione doli, quatenus agit contra voluntatem defuncti.

§ IV.

Finitur ususfructus elapso tempore ad quod est constitutus, et quidem ipso jure finitur, in que etiam differt ususfructus a servitutibus praedialibus et aliis juribus, quae, licet eorum constitutioni certum tempus adjectum sit, tamen eo elapso adhuc ipso jure durant, sed si is, cui concessa fuerant, velit adhuc uti, repelletur ope exceptionis, quatenus contravenit constitutioni juris, de quo agitur in *L.* 4 *pr. ff. de serv.*, § 3 *inst. de verb. oblig.*, et *L.* 44 § 1 *ff. de oblig. et act.* Ratio est, quod caetera jura de se sint perpetua, nec extinguantur nisi certis modis in legibus constitutis, inter quos modos nullibi tempus refertur.

§ V.

Quid si quis usumfructum uxori leget, donec filius ad pubertatem perveniat, et filius ante pubertatem moriatur, an mulier amittet usumfructum? Hanc quaestionem proponit Imp. in *L.* 12 *cod. de usuf.*, et decidit, usumfructum apud mulierem mansurum, nempe ad illud tempus quo filius, si vixisset, fuisset pubes, ex hac ratione, quod testator adjiciendo tempus pubertatis filii, non respexerit ad vitam filii, sed ad certa temporum curricula, ita ut si filius tempore quo testator moritur, habuerit v. g. tres annos, et testator legaverit usumfructum usque ad ejus pubertatem, idem sit ac si legasset pro undecim annis; jam autem si sic legasset, nemo dubitaret quin duraret ususfructus, filio ante id tempus mortuo. Quod si in casu posito mulier moriatur ante tempus pubertatis filii, an heredes mulieris habebunt usumfructum usque ad tempus pubertatis filii? Imp. *in d. L.* decidit heredes ejus usumfructum non habituros, quoniam mulieri relictus erat, et regula est eum finiri morte ejus, cui relictus est, nec ad heredes transire. Nec obstat quod testator certum tempus adjecerit quo duraret ususfructus, et quod hoc tempus nondum elapsum sit; nam hoc tempus adjecerat, non quia nolebat eum prius ad proprietatem reverti, sed ut mulier, si viveret, tamdiu eum haberet, ita ut hoc tempus adjectum tantum efficiat, ut ususfructus possit tamdiu abesse a proprietate, non autem ut tamdiu abesse debeat.

Aliam quaestionem proponit Imp. in *d. L.* Aliquis legaverat matri habenti filium furiosum, usumfructum, *donec filius in furore remaneret*: filius in furore decessit: an mater amittit usumfructum? Et decidit matrem eum retinere toto vitae suae tempore: ratio est, quod ususfructus semper ad vitam debeat diei relictus, nisi evidenter constet, testatorem propinquius tempus constituere voluisse; jam autem ex illis verbis non satis constat testatorem voluisse eum finiri morte furiosi, nam verba illa *donec in furore remanserit* commode recipiunt hunc sensum, *donec convalescat*, ita ut tantum voluerit eum finiri casu, quo filius ad sanam mentem rediret; jam autem in casu filius ad sanam mentem nunquam rediit: praeterea is, qui in furore moritur, proprie loquendo non dicitur desiisse furere; quo enim tempore eum deserebat furor, etiam desinebat existere; is autem qui non existit non potest proprie dici non furere. Alias rationes vide in ipsa lege, cui adde *L.* 32 § 6 *ff. de usu et usuf. leg.*, ubi similis casus proponitur. Idem dicendum esset, si cui ususfructus relictus esset, donec Titia v g. nubat; licet enim Titia innupta jam mortua esset, tamen fructuarius usumfructum retineret.

Digitized by Google

§ VI.

Finitur etiam usufructus quando res, cui impositus est, esse desiit, aut quando ita mutata est, ut in aliud nomen et usum transiverit, quoniam nempe testator aut promissor eum usumfructum tantum legavit aut constituit, quem eo tempore quo legabat aut constituebat, res praestere poterat; si itaque res ita sit mutate, ut eum usum amplius praestare nequeat, quod patebit plerumque ex eo quod ejus nomen mutatum sit, usumfructum amittit fructuarius, ita ut ususfructus recte dicatur non corpori rei, seu ejus substantiae esse impositus, sed speciei; et proinde cum ea species esse desinit, et nova fit, ususfructus interit, quamvis eadem substantia perduret. Hinc si ususfructus quadrigae legatus sit, et unus equus ex quadriga perierit, extinguitur ususfructus; item si ususfructus gregis legatus sit, et omnes fere oves moriantur, ita ut minus quam 10 supersint, ususfructus perit, ita ut nequidem in equis, aut ovibus superstitibus retineatur: ratio est quod priori casu non sit amplius quadriga, et posteriori non sit amplius grex (*L.* 10 § *ult.*, *L. ult. ff. h. t.*). Alia exempla quaere in *L.* 10 § 2 *et seqq. ff. h. t.*

§ VII.

Hinc etiam usufructu aedium legato, collapsis vel combustis aedibus, ita extinguitur ususfructus, ut nec in area retineatur, quoniam area dici nequit aedes, nec eundem usum praestare, quem aedes praestabant (*L.* 5 § 2 *ff. h. t.*); nec facit quod si aedes hypothecatae comburantur, area hypothecata maneat; non enim tam fragilis natura data est pignori aut hypothecae, quam usufructui; et hypotheca substantiam rei afficit, non speciei imponitur, ut ususfructus: praeterea creditor securitatem in area habere potest, sed area non potest praestare usum, quem testator v. g. reliquit, cum inhabitari nequeat. Quid si aedes in eadem forma, imo iisdem coementis restituantur, ut ante erant, an illarum aedium usumfructum fructuarius habebit? Negative; sunt enim aliae aedes, et omnino a prioribus diversae; priorum autem ususfructus legatus erat, non harum (*L.* 10 § 1 et 7 *ff. h. t.*), ubi monetur aliud dicendum esse, si per partes refectae sint aedes, licet totae renovatae sint, cum tunc possint dici eaedem aedes: iterum aliud est in hypotheca, si enim aedes hypothecaverim, et iis combustis, novas aedificem, etiam illae novae vinculo hypothecae affectae erunt (*L.* 29 § 2 *ff de pign. et hyp.*); nam, ut vidimus, area hypothecata manet, et sic cum aedes impositae areae accedant, etiam hae hypothecatae sunt.

§ VIII.

Quid si areae, cujus ususfructus legatus erat, domus imposita sit? Si testator hoc fecerit, et ante mortem ejus, vel aditam hereditatem domus deciderit vel combusta sit, areae ususfructus debetur, si modo testator eam domum non imposuerit animo adimendi legatum (*L.* 36 *pr. ff. de usuf.*); ratio est, quod eadem sit area quae erat, antequam aedes ei imponerentur, et sic existit eadem res cujus ususfructus legatus erat. Quod si aedes adhuc starent tempore, quo adibetur hereditas, legatarius usumfructum vindicare non poterit, quoniam eo tempore, quo dies ususfructus legati cedit, non potest esse ususfructus areae, cum aedes impositae eum impediant. Si vero usufructu jam in area constituto, proprietarius ei domum imponat, poterit contra eum agere fructuarius: quod si tacuerit fructuarius, et domus imposita corruat ante tempus, quo ususfructus per non usum amittitur, fructuarius eum recuperabit; alias si steterit domus toto tempore statuto ad amissionem per non usum, fructuarius eum amittet (*L.* 5 § *ult.*, *L.* 6 et 7 *ff. h. t.*, *L.* 71 *ff. de usuf.*).

§ IX.

Quid interest, an quis leget usumfructum omnium bonorum, an vero leget usumfructum singularum rerum, eas numerando, v. g. si dicat *lego usumfructum omnium mearum aedium*, *fundorum* etc.? Quod priori casu licet res quaedam mutatae sint, retineatur tamen in illis ususfructus, sic si quaedam domus combustae sint, retinetur ususfructus in areis, non vero posteriori casu; nam dum quis legat bonorum usumfructum, eo nomine etiam veniunt res mutationem passae, vox etiam *bona* denotat substantiam, ita ut ususfructus potius substantiae, quam singulis speciebus sit impositus (*L.* 34 § 2 *ff. de usuf.*).

§ X.

Finitur etiam ususfructus non utendo per certum tempus, quod tempus a Justiniano est determinatum, scilicet in rebus mobilibus triennium, in immobilibus decennium inter praesentes, et vicennium inter absentes. Sunt qui volunt jure novo usumfructum solo non usu non amitti, sed ulterius requiri, ut alius per totum tempus usumfructum possederit bona fide et justo titulo; sed verius videtur eum adhuc hodie solo non usu amitti, licet nullus alius eum possederit, sed fundus v. g. manserit incultus. Ratio est, quod certum sit jure digestorum eum amitti solo non usu; leges enim digestorum de simplici non usu loquuntur, nec alibi reperitur requisitum ut alius eum possederit: jam autem jus vetus tamdiu stare debet, donec expresse reperiatur abrogatum. Adversarii allegant *L.* 16 § 1 *cod. h. t.*, ubi dicitur *sancimus nec ipsum usumfructum non utendo cadere*; per quae

verba volunt jus vetus correctum esse; at dicimus quod per haec verba Justinianus tantum hoc velit, quod ususfructus non finiatur per non usum anni vel biennii, sicut amittebatur jure veteri; in hoc ergo tantum abrogat jus vetus, quod non velit usumfructum finiri non usu tam brevis temporis; hocque patet ex eo quod postquam dixerat, se non velle ut ususfructus non usu amitteretur, statim hoc limitet his verbis: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae etsi dominium vindicaret, posset eum excludere;* jam autem dominus volens agere reivindicatione, lapsu 10 vel 20 annorum excluditur. Haec tamen eadem verba adversarii nobis opponunt, sic nempe dicunt: imperator in illis verbis vult quod fructuarius tantum possit repelli, si eadem exceptio ei opponatur, quae opponi posset domino rem suam vindicanti; atqui dominus per solum non usum 10 annorum non excluditur a vindicatione rei suae, seu non amittit dominium per solum non usum, sed ulterius requiritur ut alter bona fide et justo titulo rem per 10 annos possederit; ergo etiam juxta imperatorem, fructuarius non aliter amittet usumfructum, quam si alter per decem annos eum possederit bona fide et justo titulo. Sed ad hoc dico, quod Justinianus in illis verbis non faciat omnimodam comparationem inter amissionem dominii, et inter amissionem ususfructus, quamvis ejus verba videantur omnimodam comparationem importare; sed mens Justiniani in illis verbis tantum fuit requirere idem tempus ad amissionem ususfructus, quod requisiverat ad amissionem dominii, non autem statuere ut eadem ad utriusque amissionem requirantur: id probat *L.* 13 *cod. de serv.*, ubi dicit se statuisse per anteriorem legem, quae sane est *L.* 16 *cod. de usuf.*, ut non amplius ususfructus amittatur per non usum biennii, sed per non usum longi temporis, seu dicit se jus vetus correxisse, quoad tempus amissionis tantum; tunc adjicit se velle, ut idem servetur in servitutibus praedialibus, atqui tamen nemo dubitat, quin servitutes praediales solo non usu etiam post hanc legem amittantur; ergo idem dicendum de usufructu.

§ XI.

Notandum quod ad videndum, an quis usus sit suo usufructu, vel alio jure sibi competente, non tam respici debeat, an factum posuerit, quod vi juris sibi competentis ponere poterat; sed an illud posuerit vi sui juris, seu an hoc factum posuerit animo utendi suo jure, ita ut ad videndum an aliquis usus sit vel non, respici debeat ad mentem et animum utentis. Hinc quaerit J. C. in *L.* 20 *ff. h. t.*, quid si is, qui usumfructum habebat, per longum tempus tantum usus sit, non fructus, an usumfructum amiserit; et decidit quod si sciverit se usumfructum habere, eum retineat licet usus tantum sit; si vero ignoraverit se habere usumfructum, et putaverit v. g. se tantum usum habere, usumfructum amiserit. Ratio est quod primo casu dici possit usus fuisse suo usufructu, recte enim aliquis dicitur uti suo jure, licet tantum parte ejus utatur, sufficit nempe quod usum posuerit vi ususfructus sibi competentis, ut usufructu suo dicatur usus, et adeo non potest dici eum amisisse: sed secundo casu, cum ignoraret se habere usumfructum, non est usus vi sui ususfructus, sed vi alterius juris quod putabat se habere, et quod non habebat, adeoque cum hoc totum ex mente utentis desumendum sit, non potest dici usus suo usufructu, et sic eum amisit (vide etiam *L. ult. ff. quemad. serv. am.*). Hic obstare videtur *L.* 17 *ff. quemad. serv. amitt.*, ubi dicitur quod si is, qui servitutem habebat hauriendi aquam ex fonte vicini, tantum iverit ad fontem per longum tempus, et aquam non hauserit, servitutem amittat in totum, ita ut nec haurire aquam amplius possit, nec ire quidem, hocque sine distinctione an sciret sibi competere servitutem aquae haustus vel non. Sed ratio disparitatis est, quod is, qui habet servitutem aquae haustus, habeat tantum jus eundi ad fontem, quatenus opus habet ad exercendam suam servitutem, cum alias haurire nequeat; unde iter ei non competebat, nisi jure aquae haustus, sed tantum erat adminiculum, sine quo servitus non poterat exerceri; cum ergo longo tempore tantum iverit, non est usus sua servitute sine distinctione, an sciverit se eam habere vel non: sed in nostro casu, licet fructuarius tantum ceperit fructus pro sua necessitate, tamen id fecit jure sui ususfructus, sive quia sciebat se habere usumfructum, adeoque usus est suo usufructu saltem pro parte, nam usufructui usus inest.

§ XII.

Ut quis retineat usumfructum non requiritur praecise, ut per se eo utatur, sed sufficit modo alius utatur ejus nomine: sic si eum vendiderit, locaverit, donaverit etc. retinet eum per emptorem, conductorem, donatarium. Sed quid si emptor etc. non utantur? Licet emptor aut conductor non utantur, placuit tamen fructuarium retinere usumfructum, hac ratione quod pretio utatur, quod ab eis pro usufructu accepit, adeoque ratione hujus pretii ipso usufructu uti videtur: aliud est, si donatarius non utatur, fructuarius enim qui donavit, nec per se, nec per alterum utitur, nec etiam pretio utitur, cum nil a donatario acceperit (*L.* 38, 39, *et* 40 *ff. de usuf.*).

§ XIII.

Huc spectat *L.* 29 *ff. h. t.* Habebam usumfructum in fundo Titii: illum usumfructum ipsi Titio proprietario locaveram: Titius fundum una cum

Digitized by Google

usufructu vendiderat alteri, qui per longum tempus fructus perceperat, et interim Titius semper mihi exacte pensionem locationis solverat. Decidit J. C. me amisisse usumfructum: ratio est, quod is qui emerat fundum a Titio, suo nomine fruitus sit, non meo; jam autem ut quis retineat usumfructum, debet vel ipse eo uti, vel alius ejus nomine; sic in casu per non usum amisi usumfructum. Objici potest quod licet fructus ex fundo non perceperim, tamen pensio locationis mihi exacte soluta sit a primo conductore, jam autem juxta *L.* 38 *ff. de usufructu*, is qui usumfructum locavit, retinet usumfructum per hoc solum quod pensio locationis ipsi solvatur; ergo etc. Sed respondetur quod quidem verum sit fructuarium, qui pensionem accipit ab eo cui locavit, videri uti-frui, adeoque eum retinere; sed hoc tunc tantum verum est, si nullus alius sit, qui proprio nomine fructus ex re fructuaria percipiat; nempe hoc casu illa alter vera et naturaliter utitur ea re; implicat autem ut duo eadem re in solidum utantur, eodem modo sicuti implicat ut dominium vel possessio sit penes duos in solidum; si ergo ille tertius vere et naturaliter utatur re, cujus usumfructum habeo, ego, ex eo quod pensionem percipio, non possum videri ea re uti, cum duo in solidum eadem re uti nequeant; nec possum etiam videri per istum alterum uti, cum, ut supponitur, iste alter non meo nomine, sed proprio utatur.

Objicitur praeterea axioma vulgare *non valenti agere, non currit praescriptio;* atque hic in casu non poteram agere, cum pensio locationis mihi exacte solveretur. Sed Ŗ. id axioma ita demum locum habere, si agere non possim propter impedimentum juris, v. g. si Titius gravatus sit fideicommisso post mortem suam in meum favorem, licet triginta annis vivat Titius, non est praescriptum illi fideicommisso, quia non poteram ad illud agere defectu juris, quoniam dies ejus non cessit quamdiu Titius vivit. Aliud est dum non possum agere propter impedimentum facti tantum, eo enim non obstante praescriptio currit, cum natum sit jus cui praescribi possit; jam autem in nostro casu quod agere non poteram, erat ex facti impedimento, nempe propter factum solutionis, quaa mihi fiebat a proprietario: praeterea falsum est me non potuisse agere, licet enim petere non possem, ut ipse uteretur-frueretur, tamen poteram ad hoc agere, ut emptor onus ususfructus agnosceret, quod si fecissem intra tempus statutum, usumfructum non amisissem.

Objicit etiam sibi J. C. in *d. L.* 29 *pr.*, quod dum locavi alteri meum usumfructum, et conductor alii locat, retineam usumfructum per secundum conductorem, ex quo videtur sequi quod in casu etiam eum retinere debeam per emptorem, qui a proprietario eum emerat: sed disparitas est, quod dum is cui locavi usumfructum, eum alteri locat, is secundus conductor teneat usumfructum nomine primi conductoris, et sic saltem nomine mei mediante eum tenet, cum primus conductor meo nomine eum teneret, in supposito nempe quod primus conductor eum locasset, tamquam ad me pertinentem et a se conductum tantum; caeterum si supponamus eum, qui a me conduxit, alteri usumfructum locasse, dicendo ad se eum pertinere, tunc non potest dici secundus conductor meo nomine uti, adeoque usumfructum amittam; jam autem in casu supponitur proprietarius fundum una cum usufructu vendidisse simulans se plenam proprietatem habere; sic non potest dici amptor meo nomine uti, sed suo, putans sa plenum dominum esse; ergo etc. Quamvis autem in casu usumfructum non utendo amisero, non propterea in damno haerebo sed convenire potero proprietarium actione locati ad id quod mea interest usumfructum amissum esse; ejus enim culpa factum est, ut eum amitterem.

§ XIV.

Alius modus, quo extinguitur ususfructus, est per consolidationem, si nempe fructuarius consequatur proprietatem rei, cujus usumfructum habet, cum enim ususfructus, utpote servitus, in re propria essa nequeat, sed semper sit in re aliena, extinguitur, et quod antea faciebat jure ususfructus, nunc facit jure dominii.

Huc spectat *L.* 17 *ff. h. t.*, cujus hic casus est. Tibi ususfructus fundi pure legatus erat: Titio ejusdem fundi proprietas, deducto usufructu sub conditione, sicque pendente conditione proprietas erat penes heredem: tu proprietatem emisti ab herede. Dicit J. C. quod statim ac conditio existit, Titius habiturus sit fundum pleno jure, id est usumfructum etiam. Ratio est quod statim ac emeras proprietatem ab hereda, ususfructus apud te consolidatus fuerit, seu in persona tua extinctus: nec facit quod Titio legatus sit fundus, deducto usufructu, ex quo videretur sequi quod non nisi nuda proprietas in casu Titio deberetur, nam per illa verba testator detraxit usumfructum in tuum favorem; eum enim habuisti, cum ergo eum amiseris, ad Titium jam redire debet; et certe si per mortem eum amisisses, existente conditione, Titius pleno jure fundum haberet; jam autem per consolidationem aeque extinguitur ususfructus ac per mortem; ergo etc.

Sunt qui dicunt quod quando res alicui sub conditione legata est, et postea conditio existit, ea retrotrahatur ad tempus aditae hereditatis, ita ut videatur pure legatum fuisse, et videatur legatarius dominium rei legatae ab adita hereditata acquisivisse; quod si verum sit, sequitur quod Titius in casu videatur dominus fundi fuisse ab adita hereditate, adeoque quod tu nunquam proprietatem istius fundi acquisiveris, et sic quod ususfructus

Digitized by Google

nunquam fuerit apud te consolidatus, seu extinctus: sed falsum est conditionem retrotrahi in legatis, et videri legatum ab initio pure relictum esse, si conditio postea existat, quod probatur per *L. 16 ff. de statulib.* Notandum quod statu-liber dicatur is, cui sub conditione libertas relicta est: dicitur ergo in illa lege quod si statu-libera pariat, proles quem peperit, sit serva heredis; atqui tamen si conditiu legato libertatis adjecta retrotraheretur, et videretur libertas pure relicta, videretur in casu mulier fuisse libera ab adita hereditate, et sic proles nata pendente conditione libera fuisset; si ergo conditio non retrotrahatur in legato libertatis, multo minus iu aliis legatis, quae non tam favorabilia sunt; quod ergo dicitur conditionem retrotrahi verum est iu actibus inter vivos, item in institutione heredis, propter regulam quod nemo possit mori partim testatus, partim intestatus, non vero in legatis.

Alia objectio desumitur ex *L. 57 pr. ff. de usuf.*, cujus hic est casus. Proprietarius fundi, cujus tu usumfructum habebas, proprietatem tibi legat, eumque post mortem ejus acquisivisti. filius ejus intentaverat querelam inofficiosi testamenti, et ea mediante testamentum everterat, sicque cum jure veteri per querelam non tantum everteretur testamentum, quoad institutiouem heredis, sed etiam quoad legata, fuisti coactus proprietatem tibi legatam restituere. Dicit J. C. quod usumfructum retineas, quamvis proprietatem haberes, ex quo sequi videtur, quod etiam in casu *L. 17* usumfructum retinere debeas: sed notandum quod quando testamentum per querelam rescinditur, res habeatur eodem loco, ac si heres scriptus nunquam adivisset hereditatem, sicque cum jure veteri testamentum etiam quoad legata rescinderetur, videbantur legatarii nunquam acquisivisse sua legata; jam autem si nunquam habuisses proprietatem, ususfructus tuus non fuisset extinctus, idque est quod ait J. C. *mansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit:* sed in nostro casu vere habuisti proprietatem, nec dici potest quod videaris eam nunquam habuisse.

Idem quod in casu *L. 57* contingeret, si mihi fructuario proprietas fuisset vendita sub pacto legis commissoriae; si enim intra tempus adjectum non solvam, resolvitur emptio venditio, ita ut res nunquam vendita fuisse videatur, et adeo videar nunquam ejus dominium acquisivisse, sicque ususfructus meus per consolidationem non est extinctus. Idem etiam est si emissem fundum, cujus usumfructum habebam, et proximus cognatus venditoris eum a me auferret per retractum gentilitium, nam et tunc nunquam emisse videor, sed is in meum locum substituitur, et ab initio emisse videtur.

Volunt aliqui decisionem *L. 17* non amplius hodie obtinere, propter *L. 3 § 3 cod. comm. de leg.*, ubi imp. vetat, ne res sub conditione legata ullo modo alienari possit pendente conditione, et vult, ut si heres alienaverit, alienatio revocetur in irritum, et perinde habeatur ac si nunquam celebrata fuisset, atqui si in casu *L. 17* heres nunquam mihi vendidisset proprietatem, non amisissem usumfructum, ergo etc. Sed dicimus quod Justinianus in *d. L. 3.* id statuerit in favorem legatarii, ne ei nllo modo noceretur per alienationem, idque manifeste indicat, dum dicit *ut nec usucapio*, *nec longi temporis praescriptio contra legatarium procedat*; jam autem in casu *L. 17* favor Titii, cui proprietas legata erat sub conditione, non exigit ut venditio proprietatis perinde habeatur ac si facta non esset, e contra favorabile ipsi est eam fuisse factam, cum per illam extinguatur meus ususfructus, et sic si diceremus illam legem abrogatam per *d. L. 3*, *illa L. 3* noceret legatario, cum tamen meus Justiniani fuerit illam ferre in ejus favorem.

§ XV.

Finitur etiam ususfructus, si fructuarius eum cesserit proprietario, non vero si extraneo eum cesserit, nam, ut ait Imp. in § 3 *inst. de usuf.*, *cedendo extraneo nil agit;* sed de eo vide *Recit. Heineccii.* Tandem finitur resoluto jure ejus, qui usumfructum constituit, do quo etiam vide *Recit. Heineccii.*

§ XVI.

Inter modos amittendi usumfructum quidam sunt, quibus usumfructum aliquando tantum pro parte amittimus, ut rei interitus, non usus, consolidatio; sic si cum haberem usumfructum totius fundi, tantum pro parte, v. g. medietate eo usus sim, putans me tantum habere pro parte, per longum tempus amitto partem, aliam retineo: item si usumfructum totius fundi habeam, et acquiram partem proprietatis, pro ea parte consolidatur ususfructus, pro altera non: sic etiam si pars aedium quarum usumfructum habeo cadat, in parte restante eum retineo (*L. 53 ff. de usuf.*). Aliud est de morte et capitis diminutione, his enim modis ususfructus semper extinguitur in totum: praeterea notandum usumfructum capitis diminutione, aut non usu non amitti, si testator in singulus annos, menses etc. usumfructum leget, ut ante diximus; item si cui leget usumfructum quamdiu vivet; his enim modis excludit testator alios modos amittendi usumfructum, et ostendit se velle ut morte tantum finiatur, aut tali modo, quo amplius haberi nequit, v. g. consolidationo, aut rei interitu: idem etiam dicendum, si testator ad certum tempus v. g. ad decem annos usumfructum leget (*L. 3 pr. ff. h. t.*).

§ XVII.

Finito usufructu, regula est quod ad proprietatem reverti debeat, nisi aliquis deficienti sit con-

Digitized by Google

junctus, cui possit accrescere; semper enim cum proprietate debet esse ususfructus, nisi ab ea reperiatur detractus. Huc spectat casus *L. 46 pr. ff. de evict.*; cum ususfructus fundi mei spectaret ad Titium, vendidi Maevio illum fundum, detracto usufructu: quid si Titius usumfructum amittat? Ille ad Maevium proprietarium fundi redibit: quid si ego ante Titium incidam in modum amittendi usumfructum, v. g. capite minuar, vel moriar? Tenebor ego, aut heres meus usumfructum Maevio praestare. Ratio primae decisionis est, quod actum sit inter me et Maevium emptorem de unico usufructu detrahendo; jam autem ususfructus apud Titium est finitus; ergo redire debet ad Maevium; alias si ad me rediret, Maevius duos ususfructus pati cogeretur, unum apud Titium, et eo finito, alium apud me. Ratio secundae decisionis haec est, quod cum vendiderim fundum Maevio, detracto usufructu, nec dixerim usumfructum penes Titium esse, tacite affirmaverim cum me penes esse, et eum in meum favorem detrahi: sic tacite affirmavi, me mortuo aut capite minuto, usumfructum ad Maevium emptorem reversurum; jam autem venditor tenetur praestare id quod affirmavit: si vero ususfructus praestare nequeat, propterea quod nondum finitus sit apud Titium, praestanda erit ejus aestimatio: itaque in casu duo acta sunt inter emptorem et venditorem: primo, ut emptor teneretur expectare finem unius ususfructus, ex quo sequitur quod si Titius eum amittat, is revertatur ad emptorem: secundo, venditor tacite affirmavit se eum deducere in suum favorem, ex quo sequitur quod si venditor incidat in modum amittendi usumfructum, teneatur eum praestare emptori.

Obj. Quod ususfructus fuerit deductus in favorem venditoris, et sic quod si Titius eum amittat, redire debeat ad venditorem, non ad emptorem; sed ad hoc dicimus, quod emptor tantum se obligaverit ad expectandum finem unius ususfructus, et sic, statim ac apud Titium finitus est, redire debet ad emptorem.

Obj. Quod emptor consenserit, ut ususfructus constitueretur et finiretur in persona venditoris; ergo quod non debeat reverti ad emptorem, nisi sit apud venditorem constitutus et finitus: sed verum non est quod emptor praecise consenserit, ut in persona venditoris constitueretur et finiretur; consensit enim tantum, ut esset apud eum penes quem erat dum tradebatur proprietas, abstrahendo ab eo, an esset tunc penes venditorem, an penes alium, sic consensit, ut si apud venditorem esset, expectaret donec apud venditorem esset finitus; jam autem finitus est apud eum penes quem erat; ergo ad emptorem reverti debet, qui non consensit in duos ususfructus, sed in unum tantum.

§ XVIII.

Notari adhuc meretur *L. 46 pr. ff. de usuf.* Aliquis filium suum emancipatum praeterierat, et scripserat extraneum heredem: matri suae legaverat fundum Tusculanum, deducto usufructu: filius emancipatus per bonorum possessionem contra tabulas evertit testamentum. Dicit J. C. quod matri plena proprietas fundi Tusculani debeatur. Notandum, quod per bonorum possessionem contra tabulas evertatur quidem testamentum, sed legata conjunctis personis relicta, ut parentibus, uxori etc. ab eo, qui per bonorum possessionem contra tabulas testamentum evertit, praestari debeant (*L. 1 ff. de leg. praest. contra tabulas bonor. possess. petit*). Itaque in casu *L. 46* filius emancipatus tenetur praestare matri defuncti legatum ei relictum. Sed quare filius praestare debet plenam proprietatem fundi, cum defunctus tantum legasset fundum, deducto usufructu? Ideo quia defunctus detraxerat usumfructum in favorem heredis extranei, quem instituerat; jam autem iste extraneus non potest habere illum usumfructum, cum testamentum in quo scriptus erat eversum fuerit, et sic ipse fuerit ab hereditate remotus; ergo non est amplius ratio cur a proprietate detrahatur; itaque cum proprietas fundi matri, utpote conjunctae personae, seu, ut ait J.C., *pietatis respectu* praestari debeat, etiam ususfructus eam sequetur. Idem etiam esset, si quis, exheredato suo filio, legaret alicui nudam proprietatem fundi; filio enim agente querela inofficiosi contra heredem scriptum, et evertente testamentum, legatario deberetur plena proprietas fundi; nam hodie per querelam non rescinduntur legata, et ususfructus a proprietate tantum erat detractus in favorem heredis scripti, qui eum amplius habere non potest.

TITULUS V.

DE USUFRUCTU EARUM RERUM, QUAE USU CONSUMUNTUR.

Cum ususfructus sit jus utendi fruendi rebus alienis, salva earum substantia, sequebatur non posse constitui usumfructum in illis rebus, quibus salva substantia, uti non possumus, seu quarum usus consistit in abusu, quae res dicuntur fungibiles, ut vinum, oleum, pecunia numerata: caeterum super illis rebus senatusconsultum factum est, quo cautum, ut earum rerum non quidem verus ususfructus esset, cum hoc impossibile sit, et senatus naturam rerum immutare nequeat, sed ut quasi ususfructus esset: scilicet senatus voluit, ut quando alieni istarum rerum ususfructus relinqueretur, is teneretur praestare cautionem, se tantumdem quod accepit in eadem bonitate et qualitate restituturum usufructu finito; haecque cautio quam praestat fructuarius efficit, ut videatur proprietas apud eum esse, cui cautio praestita est, et proinde illa est loco proprietatis, et fructuarius videtur uti-frui re aliena, quatenus vi illius cautionis obligatus est ad tan-

tandem restituendum, quamvis tamen a parte rei dominus illarum rerum fiat, adeoque rebus propriis, non alienis utatur. Posset quis quaerere, an non licuerit ante hoc senatusconsultum legare alicui res fungibiles cum hac clausula, ut si legatarius moriatur, vel capite minuatur, teneatur ad tantumdem restituendum, quod si fieri potuit, prout a parte rei fieri poterat, videtur inutile fuisse super hac re senatusconsultum facere? Sed propterea hoc senatusconsultum non est inutiliter latum, nam si v. g. ante hoc senatusconsultum aliquis legasset usumfructum alicujus summae, vel alicujus quantitatis vini, hoc legatum non valuisset, cum earum rerum non intelligatur ususfructus; ubi jam post hoc senatusconsultum, tale legatum valebit: praeterea dum quis legabat usumfructum omnium bonorum suorum, legatarius tantum consequebatur usumfructum rerum non fungibilium, ubi post hoc senatusconsultum etiam res fungibiles, et adeo quaecumque res sub tali legato continentur: differentias inter quasi usumfructum et verum, item inter quasi usumfructum et mutuum repete ex *Heinecc. Recit.* Cautio, quam quasi fructuarius dare tenetur, est cautio fidejussoria, ut colligitur ex § 2 *inst. de usuf.*, ubi Justinianus dicit eum debere satisdare: satisdare autem est cavere datis fidejussoribus; debet etiam cavere se restituturum duobus casibus, nempe si vel moriatur, vel capite minuatur; his enim duobus modis tantum finitur quasi ususfructus (*L.* 9, et 10 *pr. ff. h. t.*). Monet autem J. C. in *L.* 7 *ff. h. t.* quod quando aliarum rerum, quam pecuniae ususfructus relictus est, v. g. certae quantitatis vini, possit fructuarius cavere se vinum ejusdem qualitatis et quantitatis restituturum, vel etiam potest vinum illud aestimari, et fructuarius cavere se restituturum aestimationem, si nempe in hanc cautionem consentiat is, cui cavere debet. Cautionem illam quasi fructuarius praestare debet illis, a quibus illas res accepit, seu ad quos illae res redire debent, finito in ejus persona usufructu: sic si v. g. testator mihi reliquerit usumfructum 1000, cautionem debebo praestare heredi; is enim illa 1000 solvere tenetur, et post meam mortem ad eum redire debent: quod si v. g. mihi et Titio ususfructus eorumdem 1000 relictus sit, non tantum heredi cavere debeo, sed et Titio, et etiam Titius mihi cavere debet, quoniam nempe, me mortuo, ususfructus meorum 500 ad Titium jure accrescendi perveniet, et illius vicissim ad me (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*); ususfructus autem ab utroque nostrum amissus ad heredem redibit.

TITULUS VI.

SI USUSFRUCTUS PETATUR, VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR.

Usufructu semel acquisito, si fructuarius uti impediatur, ei competit actio confessoria ad illum vindicandum adversus quemcumque, sicuti domino datur actio negatoria, si contendat alteri jus utendi fruendi non competere: sed de his latius sub titulo *si serv. vind.*

TITULUS VII.

DE OPERIS SERVORUM.

Traditur sub hoc titulo operas servorum posse quoque in usumfructum dari: traduntur etiam differentiae inter legatum ususfructus servi, et legatum operarum servi: scilicet legato servi usufructu, legatarius per servum illum acquirit ex rebus et ex operis ejus: legatis vero operis, ex rebus ejus non acquirit: ususfructus servi capitis diminutione, aut non utendo amittitur, non vero si operae legatae sint etc.

TITULUS VIII.

DE USU ET HABITATIONE.

§ I. Quid sit usus.
§ II. Exponitur *L.* 32 *ff. de donat.*

§ I.

Sicut substantia ususfructus consistit in facto utendi, seu in perceptione fructuum, ita usus substantia consistit in fructuum consumptione, ita ut usuarius non censeatur usus quamdiu non consumpsit, et ante consumptionem nullum jus in fructus, quos ex re usuaria percipit, acquirat: hinc v. g. si usuarius fundi ceperit fructus pro consumptione unius anni, prout ipsi facere licet, juxta *L.* 15 *pr. ff. h. t.*, nullum jus in illis fructibus habet antequam sint consumpti, et si moriatur, fructus extantes non transmittit ad heredes, sed ii ad proprietarium pertinent, secus ac contingit in fructuario, qui statim ac fructus percepit eorum dominus fit. Nota etiam aliam differentiam inter usum et usumfructum, quod nempe fructuarius omnes omnino fructus percipere possit, usuarius vero non nisi pro sua necessitate. Ex his sequuntur ulteriores inter usum et usumfructum differentiae, v. g. quod ususfructus sit dividuus, ita ut possit pro parte constitui, usus autem sit individuus, seu pro parte constitui nequeat (*L.* 19 *ff. h. t.*); sic non possum legare alicui medietatem usus, quia nempe cum usus limitetur ad consumptionem usuarii, antequam consumpserit non potest dici quid consumpturus sit; verum quidem est, quod constet quid consumpserit annis praeteritis, sed non sequitur quod praecise eandem quantitatem hoc anno consumpturus sit, adeoque semper incertum est quid consumpturus sit hoc anno. Praeterea in usufructu locus est juri accrescendi si pluribus ejusdem rei ususfructus relictus sit: aliud est in usu ejusdem fundi plu-

Digitized by Google

ribus relicto, uno enim deficiente, alteri nil accrescit, potest enim tantum capere pro sua necessitate et consumptione; jam eutem per hoc quod unus deficiat, alterius necessitas non fit major; si tamen ponamus usum alicujus fundi duobus relictum, et is adeo exiguus sit, ut oon sufficiat usui duorum, jem si ambo eoncurrant, fructus inter se divident; si vero unus deficiat, alter habebit totum quod habere debet pro sua consumptioue, sed non plus. Alia tandem differentia est, quod qui usumfruetum habet, vendere eum et locare possit; secus qui usum: hoc iterum ex eo, quod non constat qoid usuarius consumpturus sit, et sic etiam non constat quid cepere posset emptor vel conductor, constabit quidem post consumptionem usuarii, sed tunc nil amplius est quod in alium transferri possit. Aliud est de usufructu; constat enim eum posse omnes fructus percipere, et sie etiam constat quid capere possit emptor vel cooductor: huic accedit quod nemini dari possit jus consumendi res alienes, quod tamen fieret, si alteri meum usum locarem vel venderem; nem omptor vel conductor percipiendo fructus, omnes non faceret suos; etenim etsi ego eos percepissem, non fecissem meos, cum nullum jus ad eos habeam ante consumptionem. Ex his patet longe melius esse habere usumfructum, quam usum, oisi in uno casu qui habetur in *L.* 42 *pr. ff. de usuf.*, si nempe uni usufructus alicujus fundi legatus sit, alteri usus, et fuodus tam paucos fructus ferat, ut nihil vel parum supersit ultra consumptionem usuarii; tali enim casu melior est conditio usuarii, qui fructus capiet pro sua consumptione, ita ut fructuarius tantum sit habiturus id quod supererit. Ratio est quod in hoc casu fructuario siot relicti omnes fructus fundi, usuario eutem certa quantitas fructuum legata sit; sic fructuario quodammodo genus, usuario species relicta est; jam autem regula est quod generi per speciem derogetur; sie si uni omoes servos legem, alteri Stichum et Pamphilum, primus tantum habebit reliquos, praeter Stichum et Pamphilum: itaque idem fere est in casu *L.* 42 ae si Titio legarem usumfruetum fundi, Maevio decem modios frumenti vel aliam quantitatem, quo casu eertum esset Titium non plus habiturum, quam quod superest deductis decem modiis. Quod attinet habitationem repete ex *Heinaccii Recit.*

§ II.

Quod si alicui habitatio simpliciter relinquatur, decidit J. C. in *L.* 10 § 3 *ff. h. t.* eam ad vitam relictam esse, et eum, cui relicta est, jus habere tota vita eam exercendi: hoc licet certissimum sit, tameo obstare ei videtur *L.* 32 *ff. de donat.*, ubi aliquis ad amicum suum talem scripserat epistolam: *Hospitio illo quamdiu volueris, utaris, superioribus dietis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere, hac epistola notum tibi facio:* eo mortuo, quaerebatur ao heredes ejus posseut habitationem prohibere ei, eui concessa erat; dicitur autem heredes posse mutare voluntatem, seu posse expellere habitatorem; sic falsum videtur eum, eni habitatio data est, jus habitandi habere quoad vivet. Verum haec *L.* 32 videtur commode sic posse expliceri: quod in ea concessa non fuerit habitatio tamquam servitus, seu quod oon fuerit concessa servitus habitationis, de que sub hoc titulo agimus, sed tantum concessa fuerit facultas habitaodi domum precario, id est quamdiu volet is, qui concessit; eodem modo, sicuti si alicui equum darem utendum, nullo adjecto usu vel tempore, quod negotium vocatur precarium, et in eo differt a commodato, quod in precario res omni momento possit repeti, ast in commodato tantum potest repeti post usum vel tempus finitum. Itaque dicimus quod in *L.* 32 fuerit habitatio precario data; sie non fuit servitus habitationis alteri constituta, nec ullum jus reale io eum translatum, adeoque non mirum quod et is qui concessit, et heredes ejus omni momento possint alium expellere, sicut juris est in omni precario: quod autem precario data fuerit habitatio in *L.* 32, probatur ex verbis epistolae *idque te ex mea voluntate facere notum tibi facio*, quae verba important quod alter factum habitationis ponere possit dependentor a voluntate concedentis, seu tamdiu quam eum non expellet; notandum ergo quod concedens non dixerit *idque jus te habere voluntate mea*, sed *id te facere*, seu factum habitationis te ponere voluntate mea. Nec possunt illa verba sic sumi, quasi dixisset quod alter jus habitandi haberet ex voluntate concedentis, nam tune illa verba essent prorsus inutilia et ridicula, dum enim alteri jus damus, alter semper id accipit ex voluntate nostra, sic concedens ridicule illud admoneret; illa ergo verba nil aliud significare possunt, quam quod alter factum habitationis ponere possit dependenter a voluntate concedentis, ex quo jam ulterius sequitur, quod non agatur in casu de servitute habitationis; tune enim non habitaret ex voluntate ejus, qui concessit, sed vi sui juris, seu servitutis habitationis, ita ut etiam invito eo qui concessit, habitare posset. Sic si Titius mihi constitueret usumfructum in suo fundo, non recte diecrem me percipere fructus voluntate Titii, nam fructus percipio ex meo jure, imo et invito Titio; patet ergo ex illis verbis servitutem habitationis non esse concessam. Objici possunt verba epistolae *hospitio illo quamdio volueris, utaris;* ex quibus verbis videtur sequi falsum esse, quod tantum habitare possit dependenter a voluntate concedentis, et qood possit concedens eum expellere; sed ad hoc respondetur, quod si verba intelligantur prout jacent, concedens sibi contradixisset; paulo enim post dicit eum tantum habitare posse ex sua concedentis volun-

tate; praeterea tunc sequeretur nec concedentem, nec ejus heredes eum expellere posse, quod tamen affirmat J. C. in *d. L.* Itaque illa verba sic sunt accipienda, *quamdiu volueris*, id est non diutius quam volueris.

Sed contra hanc interpretationem facere videtur, quod tunc illa verba inutilia sint; nam certe alter non erat obligatus habitare domum alienam diutius quam vellet; sic non debebat concedens hoc exprimere. Sed ad hoc respondetur, quod non praecise sequatur illa verba esse inutilia, nam fieri potest quod ille, cui epistolam scripsit, antea locutus fuisset amico suo de permittendo ei ut habitaret in sua domo, donec v. g. conductorem inveniret, et quod dixisset ei quod ea exire non posset antequam conductorem invenisset, propterea quod non vellet domum inhabitatam relinquere, notum est enim domum non habitatam magis deteriorari, quam habitatam; si jam positis his circumstantiis haec epistola scripta fuerit, apparet verba *quamdiu volueris* non esse inutilia; jam enim per illa verba datur facultas amico migrandi e domo, etiam antequam locetur alteri, seu quod non debeat in ea diutius remanere quam vult. Praeterea etiam, sepositis his circumstantiis, haec verba non sunt prorsus inutilia; per illa enim concedens significat se dare amico suo facultatem habitandi suam domum, non propter interesse suum, seu ut domum habitatam haberet, sed ex pura erga amicum affectione.

Potest objici quod si in casu *L.* 32 non posset poni factum habitationis, nisi dependenter a voluntate concedentis, sequi videatur quod statim ac moritur concedens, alter e domo migrare debeat, cum morte concedentis etiam finiatur ejus voluntas; atqui tamen J. C. supponit eum in domo manere posse, donec heredes concedentis non mutent voluntatem; ergo etc. Hoc argumentum potest corroborari per legem 4 *ff. locat.*, ubi dicitur quod si quis rem locaverit vel precario dederit quoad vellet, morte ejus finiatur locatio, item precarium. Sed respondetur quod in casu *L.* 4 *ff. locati* is qui locavit vel precario dedit, ea verba adjecerit tamquam terminum finiendae obligationis, ita ut vellet finem suae voluntatis esse etiam finem obligationis contrartae, haecque est vis particulae *quoad;* sic morte ejus, cum desinat voluntas, etiam desinit obligatio; sed in casu nostro per verba *idque te ex voluntate mea etc.* non voluit voluntatis suae finem, tamquam terminum precario ponere, sed tantum sibi voluit reservare facultatem expellendi alterum quando vellet; fatemur quidem quod illa verba possint accipi utroque modo, et quod dubium sit, an per illa voluerit tantum sibi reservare jus expellendi, an vero voluerit ut per finem voluntatis suae etiam finiretur jus alterius; sed in hoc dubio praeferendam esse dicimus priorem interpretationem, quoniam satis singulare est, ut per solam extinctionem voluntatis ejus qui concessit, extinguatur jus alterius; adeoque nunquam debet praesumi hoc actum esse.

TITULUS XI.

USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAVEAT.

Sub *h. t.* refertur edictum praetoris, quo statuit ut is, cui ususfructus relictus est, teneatur cavere primo, se usurum-fruiturum arbitrio boni viri, secundo, se restituturum, usufructu finito, id quod ex re fructuaria extabit; haecque cautio praestanda est cum fidejussoribus, vocatur enim satisdatio in *L.* 7 *pr. ff. h. t.*: cautio haec praestanda est ab omni fructuario, quomodocumque ususfructus ei constitutus sit (*L.* 1 § 2 *ff. h. t.*), item ab omni eo, cui usus vel habitatio relicta est (*L.* 11 *eod.*, item *L.* 5 § 3): praestari autem debet proprietario rei, et quidem non soli illi, qui tunc proprietarius est, quando constituitur ususfructus, sed etiam illis ad quos proprietas perventura speratur (*L.* 8 *ff. h. t.*), quin imo et ei qui in usufructu mihi est conjunctus; nam pars mea, postquam eam amiserim, ei accrescet, si nondum suam amiserit.

Quomodo cogetur fructuarius hanc cautionem praestare si non velit? Si usumfructum petat, repelletur a proprietario per exceptionem: quod si res jam inde ei tradita sit fruendi causa, proprietarius ab eo rem vindicabit, et si alter objiciat se habere in ea usumfructum, replicabit proprietarius cautionem praestitam non esse, et sic rem auferet, nisi fructuarius caveat (*L.* 13 *pr. de usuf.*, *L.* 7 *pr. ff. h. t.*). Ex hac cautione oritur proprietario actio ex stipulatu, qua, finito usufructu, rem fructuariam repetere potest, ita ut tunc habeat duplicem actionem ad eam repetendam, reivindicationem, tamquam dominus, et actionem personalem ex stipulatu: imo etiam antequam finitus sit ususfructus, actione ex stipulatu agere potest, si nempe fructuarius contraveniat primae parti cautionis, quae est de utendo-fruendo arbitrio viri boni; statim enim tunc ex ea agere potest, et quidem toties quoties fructuarius male utitur (*L.* 1 § 6 *ff. h. t.*): casus quibus haec cautio cessat videri possunt apud *Huberum hoc titulo*.

Quaeri hic solet an testator qui usumfructum legat, hanc cautionem remittere possit fructuario? Ad quod respondendum est eum non posse, ita ut etsi remiserit, tamen heres eam possit exigere: ratio est, quod leges hanc cautionem jubeant interponi ab omni fructuario; jam autem testator, utpote privata persona, in eo quod leges statuerunt nequit dispensare, nec efficere potest quominus leges in suo testamento locum habeant; habet quidem testamentum eandem fere vim ac lex, sed hoc ita tantum, si legibus sit conforme; idque expresse probatur per *L.* 7 *cod. ut in poss. leg.*

Nec ad rem facit quod imp in *d. L.* tantum loquatur de prima parte cautionis, quae est de utendo arbitrio boni viri, ex quo quidam inferunt a contrario sensu, quod secunda pars cautionis remitti possit; nam eadem ratio cur prima cautionis pars remitti nequeat, etiam militat pro secunda: quod autem imperator primae tantum partis meationem faciat, hoc ideo est, quia tantum citat prima verba cautionis brevitatis causa, quasi diceret non posse remitti cautionem, quae incipit *ut fructuarius boni viri arbitrio fruatur*; ita ut per haec verba imp. totam comprehendat cautionem, sicuti fieri solet, dum aliqua cautio, interdictum etc. citatur; ordinarie enim prima verba tantum citantur.

Dicunt adhuc quod prima pars cautionis non possit remitti, ex hac ratione quod alias fructuarius invitaretur ad delinquendum, seu ad male utendum, quatenus heres nullam actionem contra eum haberet, qua posset eum coavenire, si male utatur, ut adeo impune id faceret, quae ratio non militat pro secunda parte cautionis, quatenus proprietarius habeat semper reivindicationem pro re repetenda, sed ex eo non sequitur posteriorem partem cautionis posse remitti: est enim alia ratio, quae militat tam pro secunda, quam pro prima, ut diximus, quare remitti non possit: deinde ratio allegata cur prima pars cautionis remitti nequeat non est adaequata; non enim impune delinqueret fructuarius, licet cautionem non praestaret; nam habet adhuc proprietarius alias cautiones, quibus damnum datum vindicet, v. g. actionem legis Aquiliae, furti etc.: praeterea si ratio allegata foret vera, sequeretur etiam heredem non posse primam partem cautionis remittere, quod tamen adversarii concedunt ei licere.

Obj. Quod heres etiam cogatur satisdare legatariis et fideicommissariis pro legatis eis relictis; atqui tamen testator hanc satisdationem remittere potest *(L. 2 cod. ut in poss. leg.)*, ergo etc. Sed hoc argumentum minime concludit; nam speciali lege opus fuit, qua id concederetur testatoribus, qualis lex cum non reperiatur pro cautione fructuaria, dicendum est testatorem non posse eam remittere, si quidem ea quae contra juris rationem sunt introducta, ad consequentias extendere non liceat. Ratio autem quare potius concessum sit testatori remittere satisdationem, quam heres pro legatis et fideicommissis dare debet, quam cautionem fructuariam, haec dari potest, quod, ut fatetur imp. in *d L. 2*, ipsa rerum experimenta docuerint ex utilitate publica esse, ut testator satisdationem pro legatis et fideicommissis possit remittere; nam sciendum quod quando heres non satisdat legatariis, legatarii, etiam quibus minima tantum res legata est, mittuntur in possessionem omnium bonorum hereditariorum, donec heres satisdederit, quod est satis molestum heredi, cum saepe fieri possit, ut fidejussores invenire nequeat; visum ergo est publice interesse, ut testator illam satisdationem possit remittere; illa vero molestia non obtinet in legato ususfructus, nec ea legata solent esse, prout sunt legata vel fideicommissa in genere.

An heres potest remittere cautionem fructuario? Nil videtur obstare quominus possit; quisque enim juri pro se introducto renunciare potest, seu beneficio sibi competenti; leges quidem valuat, ut fructuarius caveat, sed ita, si heres exigat cautionem, ita ut contentae sint, modo heredi acquiratur jus illam exigendi. Sic in lege Falcidia, quamvis testator jure veteri prohibere non posset detractionem quartae Falcidiae, tamen heres poterat ei detractioni renunciare; sufficit enim jus ei acquisitum esse eam detrahendi, quo non cogitur uti, si non velit.

LIBER OCTAVUS

—

TITULUS I.

DE SERVITUTIBUS.

§ I. Servitus praedialis definitur.
§ II. Primum requisitum servitutis traditur, scilicet eam debere constitui in utilitatem praedii dominantis.
§ III. An servitus solius amoenitatis causa constitui possit.
§ IV. Secundum requisitum ad servitutem est, ut praedia sint vicina.
§ V. Tertium est, ut servitus non consistat in facto domini praedii servientis.
§ VI. Exponitur *L. ult. § 1 ff. de contrah. empt. vend.*
§ VII. De formula servitutis *oneris ferendi*.
§ VIII. Quartum requisitum est, ut servitus habeat causam perpetuam.
§ IX. Quaenam causa intelligatur perpetua.
§ X. An ex tempore, vel usque ad certum tempus, vel sub conditione constitui possit servitus.
§ XI. Quodnam praedium dicatur urbanum, quodnam rusticum, idem unde denominatio servitutum desumenda sit.

§ I.

Servitus praedialis, de qua hic agitur, definiri potest: *jus praedii in praedium, vi cujus dominus unius praedii cogitur in suo aliquid pati vel non facere, in utilitatem alterius praedii constitutum*: ex qua definitione imprimis sequitur, ad servitutem praedialem requiri duo praedia, quorum unum servitutem debet et serviens vocatur, aliud cui servitus debetur et vocatur dominans (*L. 1 § 1 ff. comm. praed.*).

§ II.

Ad omnem servitutem praedialem quatuor requiruntur: primo, ut constituta sit in utilitatem prae-

Digitized by Google

dii dominantis, ita ut non sufficiat quod dominus ex ea utilitatem percipiat, sed haec utilitas afficere debet ipsum praedium, et a praedio in personam domini derivari, ita ut dominus sine praedio suo utilitatem, de qua agitur, percipere non posset, cujus ratio est, quod servitus, praedialis non debeatur personae, sed ipsi praedio: non tamen requiritur praecise ut hic et nunc dum constituitur servitus, utilitatem praedio afferat, sed sufficit modo afferre possit, et talis sit servitus, quae ex natura sua utilitatem praedio afferat; sic in *L.* 19 *ff. h. t.* deciditur, quod possit servitus mihi constitui ut aquam ex alieno ad meum fundum ducere possim, quamvis hic et nunc hoc non sit utile meo fundo; servitus enim aquae ductus in genere est utilis, imo quamvis nunc aqua non indigeat fundus meus, postea tamen forte indigebit, sicque semper expedit fundo meo jus aquae ductus habere. Defectu hujus primi requisiti non valet servitus, ut in alieno pomum decerpere liceat, aut ut ibi spatiari aut coenare possim (*L.* 8 *ff. h. t.*); utilitas enim vel amoenitas, quae ex illa servitute proveniret, directe respicit personam meam, et per eam nulla utilitas praedio accederet, imo haec servitus nullam relationem habet ad praedium meum; nam et sine praedio meo illam utilitatem vel amoenitatem possem percipere. Ulterius utilitas, quae ex servitute provenit, terminari debet in ipso praedio dominante, nec ulterius potest extendi, ut exemplis declaratur in *L.* 5 § 1 *ff. de serv. praed. rust.*

§ III.

An servitus solius amoenitatis causa constitui potest? Affirmative, ut constat ex *L.* 3 *pr. ff. de aq. quot. et aestiv.* ubi dicitur, quod hoc jure utamur, ut aquam amoenitatis causa ducere possimus, quae verba ***hoc jure utimur*** ostendunt, id non semper licuisse, sed tantum hodie receptum esse ut liceat. Sic etiam in jure nota est servitus prospectus, quae tamen principaliter amoenitatis causa solet constitui. Caeterum sicuti utilitas, quae ex servitute provenit, directe non potest afficere personam domini, sed ipsum praedium, a quo in personam domini derivari debet, ita etiam dum agitur de servitute amoenitatis causa, non debet illa amoenitas directe respicere personam domini, sed ipsum praedium, ita ut dominus illam amoenitatem tantum percipiat in consequentiam sui praedii: sic v. g. potest constitui servitus, ut quis ex alieno in suum fundum aquam ducat, ut ibi habeat fontes salientes; per hoc enim praedium ipsum redditur amoenius, et dominus non nisi ratione sui praedii illam amoenitatem percipit. Nec ad rem facit quod praedium, utpote res inanimata, nullam amoenitatem percipere possit; sufficit enim quod per hoc fiat amoenius domino suo, sic in servitute utilitatis causa constituta etiam praedium nullam utilitatem sentire potest, sed est dominus, qui eam sentit mediante praedio; dum ergo utilitas vel amoenitas praedii requiritur, intelligitur respective ad dominum; omnes enim servitutes in gratiam dominorum constituuntur.

Ei quod diximus, valere servitutem amoenitatis causa, non obstat *L.* 8 *ff. h. t.*, nam ratio cur non possit servitus, de qua ibi agitur, constitui, non est ea quod sit servitus solius amoenitatis causa, sed quod amoenitas, de qua ibi agitur, directe respiciat ipsam personam; dum autem dicimus servitutem posse constitui solius amoenitatis causa, intelligimus de tali amoenitate, quae afficit ipsum praedium, et quae sine praedio percipi nequit, ut servitus prospectus, vel aquae ducendae ut in meo fundo habeam fontes salientes; amoenitas enim, quae ex illis servitutibus percipitur, afficit quidem personam meam, sed non nisi mediante praedio meo, et per eam ipsum praedium recte dicitur factum amoenius; sic multum interest inter has servitutes, et servitutem coenandi vel spatiandi in alieno; haec enim amoenitas nullo modo praedium meum afficit, imo tota in alieno praedio percipitur.

Dicet forte aliquis, quod utilitas quae est in servitute itineris etiam tota percipiatur in alieno, et tamen quod haec servitus recte constituatur; sed utilitas servitutis itineris non consistit in eo tantum, ut per praedium alienum possim transire, sed in eo etiam ut mediante illo transitu perveniatur ad meum fundum, ubi alias non tam commode perveniri posset, utque ad meum praedium transferantur, et ex eo auferantur necessaria, adeoque patet utilitatem, quae ex servitute itineris provenit, afficere ipsum praedium dominans.

Nec facit quod servitus itineris sit jus eundi et ambulandi hominis, quodque amoenitas, quae ex ambulatione percipitur, nullo modo afficiat praedium, sed personam tantum, totaque in alieno percipiatur, et sic quod sicut potest constitui servitus itineris, etiam videatur posse constitui servitus in alieno spatiandi vel coenandi; nam verbum *hominis*, quod in definitione ponitur, non eo fine est adjectum, quasi iter soli domino, non praedio utile esset et deberetur, sed ad excludenda jumenta: dein verbum *ambulandi* in definitione itineris non sumitur pro spatiari seu ambulare amoenitatis causa, sed sumitur pro ire et redire, seu in ambas partes ire; potest quidem is qui iter habet etiam ire spatiandi causa, sed ad hoc servitus itineris non fuit principaliter constituta, et quod hoc possit est tantum per consequentiam servitutis itineris, hocque ipsi concessum est, ne alias continuae rixae essent inter dominum praedii servientis et dominantis, si hic semper ostendere deberet se ire necessitatis causa; ergo utilitas principaliter afficit ipsum praedium. Verum itaque manet non posse servitutem praedialem constitui, quae tantum afficiat personam domini praedii, v. g. ut coenare vel spatiari in alieno liceat. Caeterum quamvis haec con-

Digitized by Google

ventio non valeat in vim servitutis praedialis, tamen valet in vim servitutis personalis; adsunt enim omnia requisita ad servitutem personalem; quod autem Paulus in *d. L.* 8 neget talem servitutem valere, nil facit, nam tantum negat esse servitutem praedialem; notum enim est, nomine servitutis simpliciter positae intelligi praedialem. Non obstat etiam quod in jure tantum recenseantur quatuor species servitutum personalium; nam ex eo non sequitur quod plures constitui non possint, sed quod illae quatuor sint principaliores: sic certum etiam est posse plures servitutes praediales constitui, quam illae quae in jure enumerantur. Multum autem interest utrum jus mihi sit in alieno spatiandi vel coenandi ex conventione tantum, an vere id jus habeam vi servitutis personalis; priori enim casu, tantum id jus exercere possum tamdiu quam id praediem pertinebit ad eum, qui mihi hoc jus concessit, ubi posteriori casu potero id exercere, licet id praedium in alios sit translatum; est enim hoc jus in illa re constitutum mihi, ex quo agere possum contra quemcumque possessorem.

§ IV.

Secundum requisitum est, ut praedia sint vicina, hocque fluit ex primo requisito, quatenus alias nulla utilitas ad praedium dominans ex servitute pervenire posset; requiritur ergo talis vicinitas, ut utilitas servitutis ad praedium dominans possit pervenire, et id imprimis contingit, si praedia sint contigua: sed quid si inter meum et tuum praedium aliud praedium intermediet, an potest constitui mihi servitus in tuo praedio? Videndum an in praedio intermedio aliquid facere debeam, ut servitute in tuo praedio uti possim, an vero nil facere debeam, si nil facere debeam, aut siquidem aliquid facere debeam, sed id mihi facere liceat in praedio intermedio, predium intermedium non erit impedimento: sic si intermediet vie publica, recte mihi constitues iter vel actum, quoniam transire quidem debeo per viam publicam, ut servitutem exerceam, sed licite transire possum: sic etiam si inter aedes meas et tuas intermediet fundus Titii, recte mihi constitues servitutem ne altius tollas, aut ne prospectui meo officias: idem est, si inter aedes meas et tuas interjaceant aedes Titii, et Titius etiam mihi debeat servitutem altius non tollendi, vel si Titius nullam quidem servitutem debeat, sed aedes ejus valde depressae sint; licet etiam possit Titius aedes suas altius tollere, et sic efficere ut servitus in tuo praedio constituta mihi sit inutilis, tamen utilis mihi erit servitus, quamdiu Titius aedes suas altius non tollet (*L.* 5 *ff. si serv. vind.*): quod si jus mihi non sit in praedio intermediante factum ponere, quod tamen ponere debeo, ut servitute uti possim, praedium intermedians erit impedimento quominus servitus possit constitui: sic si inter praedia nostra intermediet via publica, non potes mihi concedere servitutem tigni immittendi, stillicidii etc. (*L.* 1 *pr. ff. de serv. praed. urb.*), nec etiam servitutem aquae ductus (*L.* 14 *ff. h. t.*); item si locus religiosus intercedat vel sacer, non potes mihi iter vel actum constituere, quia ad hoc transire deberem per istum locum, quod mihi non licet (*d. L.* 14 § 2); hinc etiam si inter nostra praedia intercedat praedium Titii, non potes mihi constituere servitutem itineris, nisi habeam etiam iter per praedium Titii; non enim possum pervenire ad tuum praedium, nisi transeam per praedium Titii, quod mihi non licet, nisi etiam per praedium Titii iter habeam (*L.* 7 § 1 *de serv. praed. rust*).

§ V.

Tertium requisitum est, quod servitus non possit consistere in facto domini praedii servientis, sed tantum in ejus patientia, aut abstinentia a facto, hocque requisitum etiam spectat ad servitutes personales: ratio est quod in quacumque servitute sit res quae servit, non vere dominus, res vero est incapax facti; jam autem si dominus teneretur ad aliquod factum, non ipsa res, sed dominus serviret. Hinc non valet servitus ut vicinus meus in suo viridario tollere cogatur, aut in suo pingat, ut sic prospectus meus reddatur amoenior (*L.* 15 § 1 *ff. h. t.*); si tamen hoc inter nos convenerit, obligabitur vicinus non ex servitute, sed ex conventione, ita ut contra eum habiturus sim actionem, qua cogam facere quod convenit; sed nullam actionem habebo contra tertium praedii vicini possessorem, in quem forte vicinus meus illud transtulit.

§ VI.

Huc spectat *L. ult.* § 1 *ff. de contr. emp. vend.*, ubi proponitur quod Titius premiserit de suo fundo praestare singulis annis certum numerum modiorum frumenti fundo Seji, postea Titius vendidit suum fundum, et in venditionem adjecit haec verba: *quo jure, quaque conditione ea praedia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur:* quaerebatur an Sejus emptorem convenire posset ad illud frementum ex fundo ei vendito promissum; et decidit J. C. quod non possit: ratio est, quod emptor nullo modo esset Sejo obligatus, nam illa conventio tantum erat inita inter Sejum et Titium, jam autem conventio tantum ligat contrahentes, non potest ergo emptor vi istius contractus inter Sejum et Titium initi conveeiri: poterat tamen dubitari an emptor non esset obligatus ad id frumentum jure servitutis, seu an per conventionem inter Sejum et Titium initam nonesset servitus imposita fundo Titii, vi cujus ipse fundus Titii esset Sejo obstrictus ad illud frumentum: quod si servitus fun-

By Google

do Titii imposita sit, certe fundus ille cum onere istius servitutis transit in emptorem; adeoque is ex servitute poterit conveniri; sed in casu nulla servitus per illam conventionem erat imposita fundo Titii, quia nempe convenerat, non ut Titius permitteret Sejum illud frumentum capere ex suo fundo, sed ut ipse Titius illud frumentum ex suo fundo praestaret, sic Titius erat obligatus ad factum praestationis; non ergo erat servitus imposita fundo, cum requisitum essentiale servitutis sit, ut non consistat in facto domini praedii servientis; itaque vi solius conventionis Titius ad illud frumentum obligatur et sic nullo modo emptor. Caeterum quamvis in casu Sejus non habeat emptorem sibi obligatum ad illud frumentum praestandum, retinebit tamen Titium obligatum, quia nempe is per venditionem fundi sui non potuit se ab illa obligatione liberare: poterit ergo contra Titium agere ad frumentum, Titiusque condemnabitur ad illud frumentum ex illo praestandum sicuti ante, vel si non possit, condemnabitur in aestimationem frumenti et ad interesse.

Sed an Titius non poterit agere contra emptorem fundi sui, ut illud frumentum praestet Sejo? Negative; non enim ad hoc emptor se obligavit.

Obj. Titius in venditione haec verba adjecit: *ut fundus esset eodem jure, et eadem conditione apud emptorem, quo erat apud se*; atqui ipse tenebatur singulis annis ex eo fundo frumentum praestare fundo Seji; ergo videtur his verbis actum, ut etiam emptor ad id frumentum teneatur. ℞. His verbis tantum continetur ut fundus cum omnibus suis juribus et oneribus transeat in emptorem; jam autem id onus praestandi frumentum non erat impositum ipsi fundo, seu non erat servitus fundi, ita ut non obstante illa conventione fundus semper manserit liber, sed erat ipse venditor cui id onus impositum fuit; nullo ergo modo obligatur emptor ad illud frumentum.

§ VII.

Quamvis servitus in facto domini praedii servientis nequeat consistere, tamen nil obstat quominus dominus praedii servientis teneatur ad aliquod praerequisitum servitutis ponendum, si hoc conventum sit inter eos qui servitutem constituunt: sic in servitute oneris ferendi dominus praedii servientis tenetur ad refectionem parietis, qui onus sustinet (*L.* 33 *ff. de serv. praed. urb.*), idque vi formulae, qua haec servitus constituebatur, quae haec erat: *paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit*. Qua sane formula non hoc agebatur, ut paries aeternus esset, sed ut dominus praedii servientis eum in eodem statu tenere deberet; ei ergo formulae inest pactum tacitum, quo dominus praedii servientis ad refectionem obligatur. Nec illi obest quod servitus non possit consistere in facto domini praedii servientis; licet enim dominus praedii servientis ad refectionem parietis teneatur, non tamen in hac refectione consistit servitus, sed tota in eo consistit, quod paries vicinus debeat sustinere onera aedium mearum, in quo certe nullum factum vicini intervenit, sed patientia tantum; itaque haec refectio parietis est tantum praerequisitum quoddam essentiale, sine quo servitutem oneris ferendi exercere non possum. Nil ergo videtur speciale esse in servitute oneris ferendi; non enim haec servitus magis consistit in facto domini praedii servientis, quam alia quaecumque, similiter et in aliis servitutibus nil obstare videtur, quominus dominus praedii servientis ad factum teneatur, modo in eo facto non consistat servitus, v. g. in servitute itineris vel viae, ut dominus praedii servientis teneatur iter vel viam reficere; non enim in hac refectione consistit servitus itineris vel viae, sed haec refectio est tantum praerequisitum quoddam ad servitutem.

Nota quod pactum illud, quod continetur in formula, qua imponebatur servitus oneris ferendi, non sit conceptum in personam, sed in rem, seu in ipsum parietem, hoc est quod per id pactum non agebatur directe ut dominus praedii servientis teneretur parietem reficere; nam tunc ipse imponens tantum et ejus heredes ad refectionem tenerentur, non vero tertius possessor; sed id pactum erat in rem conceptum, seu ipsis aedibus hoc onus reficiendi directe erat impositum, et tantum indirecte, seu per consequentiam domino impositum erat, ut patet ex ipsa formula; unde illud onus reficiendi ad quoscumque aedium possessores transit. Itaque onus reficiendi parietem incumbit cuicumque aedium possessori vi servitutis; quamvis enim servitus in facto domini praedii servientis nequeat consistere, nil tamen implicat quominus vi servitutis impositae dominus praedii servientis teneatur ad aliquod praerequisitum ponendum, quod in casu contingit, idque indirecte actum fuit in impositione servitutis, ut ad id teneretur dominus praedii servientis; ex quo sequitur quod dominus praedii dominantis agere possit ut alter parietem reficiat, eadem actione qua agit ad vindicandam servitutem, nempe actione confessoria: nec facit quod haec actio tantum detur ad vindicandam servitutem; nam in casu, dum dominus praedii dominantis servitutem suam vindicabit, aget etiam jus sibi esse onus aedium suarum parieti imponere, et sic indirecte compellet alterum ut parietem reficiat, quatenus sine illa refectione servitus exerceri non possit.

§ VIII.

Quartum requisitum ad servitutem praedialem est, ut servitus habeat causam perpetuam, id est quod omne quod concernit servitutem debeat esse perpetuum, seu quod tamdiu omne id adesse debeat, quamdiu ipsa praedia sunt duratura, ita ut dominus praedii dominantis, quotiescumque servitute

indigebit, eam possit exercere: hinc dispositio praedii dominantis talis esse debet ut quamdiu duraturum est, utilitas servitutis ad illud possit pervenire, et vicissim dispositio praedii servientis talis esse debet, ut semper possit praestare utilitatem, quae ex servitute provenit, et ad quam fuit constituta.

Defectu causae perpetuae negat J. C. in *L.* 28 *ff. de serv. praed. urb.*, quod possit servitus aquaeductus constitui, ut mihi liceat ex lacu vel stagno tuo aquam ducere in meum fundum; loquitur nempe de tali stagno vel lacu, in quo aqua viva et perennis non est, seu in quo nulli sunt fontes scaturientes: ratio est, quod talis lacus vel stagnum facile exsiccari vel exarescere possit, et ita quando aqua in meo fundo indigebo, non semper eam habere potero; sic dispositio praedii servientis non est talis, ut perpetuo percipere possim utilitatem ex servitute aquaeductus provenientem, quoties ea indigebo. Aliud esset, si in stagno vel lacu esset aqua viva et perennis, ut perpetuo eam ducere possim (argumento *L.* 1 § 5 *ff. de aq. quot. et aest.*, *L.* 1 § 4 *ff. de fonte*).

An servitus stillicidii vel fluminis habet causam perpetuam? Affirmative, licet enim non semper pluat, tamen certis anni temporibus pluit: sic quando pluit, semper aqua immitti potest in fundum vicini, nec alias indiget ista servitute quam quando pluit; itaque praedium dominans est tale, ut semper recipere possit utilitatem ex servitute provenientem, quoties ea indiget.

§ IX.

Huc spectat regula, quam Romani in hac materia adoptasse videntur, scilicet omnem eam causam perpetuam non esse, quae facto hominis, non autem natura producitur. Hinc in *L.* 28 *ff. de serv. praed. urb.* deciditur, quod si vicinus meus mihi concesserit ut per foramen, quod est in pariete cubiculi mei, aquam in ejus fundum immitterem, pavimenti mei proluendi causa, deciditur inquam quod si in isto loco nil ex coelo aquae veniat, sed omnis aqua manu inferri debeat in illud cubiculum, id nec flumen fit, nec tempore acquiri possit, quia id quod manu fit perpetuam causam non habet; vult ergo J. C. non esse servitutem, cum dicat non adesse causam perpetuam; aliud est si in istum locum aqua ex coelo veniret, quamvis enim non continuo pluat, pluit tamen certis temporibus, et aqua tunc venit ex naturali causa, et sic adest causa perpetua (vide *L.* 8 § 5 *ff. si serv. vind.*). Huberus aliter explicat casum *L.* 28, vult enim quod ibi is casus proponatur: quod vicinus concesserit mihi jus, ut ex foramine, quod est in ejus pariete, liceret mihi aquam in pavimentum meum ducere ejus proluendi causa; sed haec explicatio non potest admitti, tunc enim ridicule diceret J. C. id non esse flumen, sed debuisset dicere non esse aquaeductum, cum non esset apparentia servitutis fluminis; nam per servitutem fluminis aqua ducitur ex praedio dominante ad praedium serviens, non autem ex serviente ad dominans; sic jus mihi concessum in *L.* 28, juxta explicationem Huberi, non magis accedit ad servitutem fluminis, quam ad servitutem viae, sicque J. C. aeque ridicule dixisset flumen non esse, ac si dixisset viam non esse; cum ergo dicat non esse flumen, insinuat se loqui de tali casu, ubi poterat dubitari an flumen esset, prout dubitari poterat, saltem aliquo modo, si ponamus agi ibidem de casu, ubi vicinus concesserat ut aquam ex meo per hoc foramen in fundum suum educerem.

Huic *L.* 28 non obstat, quod possit recte constitui servitus cloacae (*L.* 7 *ff. h. t.*), nam in cloacis ordinarie occurrit aqua pluvia; sic servitus cloacae habet causam perpetuam. Quod si ponas nullam aquam pluviam occurrere, non magis valebit servitus cloacae, quam servitus de qua agitur in *d. L.* 28.

§ X.

Ex eo quod servitutes requirant causam perpetuam, etiam est quod non possit constitui servitus ex tempore, nec usque ad tempus, nec sub conditione, aut usque ad conditionem, itaquidem ut talis impositio stricto jure sit nulla (*L.* 4 *ff. h. t.*); placuit tamen ut, si sic constituta sit servitus, v. g. usque ad decem annos, perinde habeatur ac si in perpetuum imposita foret, et ac si contrahentes tacite pacti essent, ut dominus praedii dominantis post decem annos amplius ea uti non posset, adeoque si pergat post decem annos servitute uti, sicuti potest stricto jure, repelletur per exceptionem pacti, utpote contravenìens pacto, quod impositioni servitutis continenter adjectum est.

An adest causa perpetua si imponatur servitus, ut tantum aestate aquam possim ducere, vel ire die tantum, vel certis horis etc? Nil obstat quominus servitus sic constituatur; est enim in perpetuum constituta, quamvis ea semper uti non possim, nam hoc non facit quominus habeat causam perpetuam; sufficit enim quod ea uti possim quando mihi licet, juxta modum in impositione determinatum; itaque, cum supponamus praedia ita esse disposita ut quotiescumque mihi lubet et licet utilitate servitutis possim gaudere, adest causa perpetua, ut etiam fatetur J. C. in *L.* 4 § *ult. ff. h. t.*, dum dicit quod *intervalla dierum, et horarum non pertineant ad temporis causam*, hoc est quod non adjiciantur durationi servitutis, sed quod tantum spectent ad modum juxta quem vicinus uti debet.

Sequitur jam videre quale jus competat ei cui servitus est constituta: jus autem illud est diversum pro diversa specie servitutum, singulis enim speciebus leges diversum jus attribuerunt: de singulis itaque videndum est. Imprimis autem dividuntur

Digitized by Google

servitutes in urbanorum et rusticorum praediorum.

§ XI.

Sed quaeritur quodnam praedinm dicatur urbanum, quodnam rusticum? Dicimus in hac materia denominationem praediorum non esse desumendam a loco in quo sita sunt, ut aliqui volunt, nec etiam ab usu ad quem destinata sunt, ut alii; sed simpliciter omnia aedificia ubicumque sita, et cuicumque usui destinata, esse urbana praedia; contra vero, omnia loca aedificiis vacua esse rustica, ut probatur ex § 1 *inst. h. t.*, et *L.* 1 *pr. ff. comm. praed.* Horreum itaque, quamvis ruri situm, quamvis etiam usibus rei rusticae destinatum, dicimus esse praedium urbanum; et profecto unum horreum alteri horreo debere potest servitutes v. g. tigni immittendi, vel oneris ferendi, quae servitutes sane sunt urbanae, cum tamen si horrea forent praedia rustica, illae servitutes forent rusticae, juxta sententiam illorum, qui denominationem praedii desumendam esse dicunt ex usu, ad quem destinatum est, sicque maxima confusio in denominatione servitutum induceretur. Viceversa hortos, licet in urbe sitos, rustica praedia esse dicimus; nec ei obstat *L.* 198 *ff. de verb. sign.*, ubi horti in urbe siti referuntur inter praedia urbana; nam in illa lege non considerantur praedia respective ad materiam de servitutibus, sed respective ad orationem divi Severi, de qua sub *tit. ff. de reb. eor. qui sub tut.*, ut constat ex eo quod illa *L.* 198 sit desumpta ex *libro secundo Ulpiani de omnibus tribunalibus;* Ulpianus autem in illo libro tractavit de oratione divi Severi, ut patet ex *L.* 6 et 8 *ff. de reb. eor. qui sub tut.*, quae ex eodem libro Ulpiani desumptae sunt; nempe divus Severus prohibuerat ne tutores praedia rustica minorum distraherent, propterea quod ex praediis rusticis maximus reditus soleat percipi: quaerebatur an horti in urbe siti respective ad hoc decretum pro praediis rusticis essent habendi; hoc negat Ulpianus, si non magnus reditus ex iis percipiatur. Sic patet illam legem non tractare de praediis respective ad servitutes, sed hoc unice ex ea sequitur, quaedam praedia nunc inter rustica, nunc inter urbana posse referri, prout nempe materia postulat.

Nunc videndum quaenam servitutes vocentur urbanae, quaenam rusticae. Sunt qui denominationem servitutis desumunt a praedio dominante, ita ut illae servitutes juxta illos sint urbanae, quae debentur urbano praedio, rusticae quae rustico: alii desumunt a praedio serviente, ita ut velint eam servitutem esse urbanam, quae debetur a praedio urbano, rusticam, quae a rustico; sed neutra sententia videtur posse defendi; potest enim, omnibus fatentibus, praedio urbano deberi v. g. iter, via, et tamen certum est iter et viam esse rusticas servitutes; non est ergo desumenda denominatio a praedio dominante: potest praeterea a praedio rustico deberi servitus prospectus, item servitus projiciendi, quae tamen sunt urbanae servitutes; nec ergo desumenda est denominatio a praedio serviente. Rectius itaque videtur dici posse eam servitutem rusticam esse, quae in solo consistit, seu quae a domino praedii dominantis exercetur in solo servienti, ut iter, actus etc.; illam vero esse urbanam, quae in superficie soli, seu in aedificiis consistit, seu quae consistit in apta quadam dispositione praediorum.

TITULUS II.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM URBANORUM.

§ I.

Inter praediorum urbanorum servitutes referuntur imprimis *servitutes altius tollendi*, item *altius non tollendi*, quae sunt duae diversae servitutes, ut patet ex *L.* 2 *ff. h. t.*, quamvis aliqui putaverint unam eandemque servitutem esse. Servitutem altius tollendi recte Vinnius definit: jus, quo quis aedes suas tollere potest ultra certam altitudinem statuto civitatis determinatam. Itaque ut inveniamus exemplum hujus servitutis, imprimis supponere debemus statutum civitatis, quod prohibet ne domus ultra certam altitudinem extollatur; alias enim ut quis altius tollat, non indiget servitute, cum liceat ex libertate naturali cuicumque domum suam tam alte tollere quam vult, licet per hoc lumina vicini impediat (*L.* 9 *ff. h. t.*): posito autem tali statuto, non possumus tollere jure libertatis naturalis ultra altitudinem, quam statutum praefixit, nisi vicinus hoc jus nobis concesserit, quo casu habebimus servitutem altius tollendi. Praeterea supponi debet quod statutum illud sit in favorem vicinarum dominum latum, v. g. ne aedes vicinae obscurentur, tunc enim recte vicinus meus potest mihi concedere jus ut altius tollam, cum renunciare possit juri suo: aliud foret, si supponeremus statutum illud esse in favorem publicum, v. g. ut omnes domus haberent aequalem altitudinem, ut sic urbis aspectus esset gratior, quo casu vicinus meus non posset mihi hoc jus concedere. Quod autem tale statutum apud Romanos fuerit, quodque fuerit in

favorem vicinorum, facile colligitur ex *L.* 11 *ff. h. t.*, *L.* 1 *cod. de serv.*, *L.* 1 *cod. de aedif. priv.*

Facile jam refelluntur illi, qui cum Perezio contendunt servitutem altius tollendi esse jus, quo vicinus cogitur in gratiam vicini aedes suas altius tollere; illa enim servitus consistit in facto domini praedii servientis, quod fieri nequit.

Alii dicunt, servitutem altius tollendi esse quando v. g. domui meae erat imposita servitus altius non tollendi, et illa postea remittitur, ita ut mihi concedatur jam altius tollere; sed nec hoc exemplum valet; nam in eo altius tollo non jure servitutis, sed jure libertatis naturalis; statim enim ac mihi remittitur servitus altius non tollendi, res mea libertatem naturalem, quae per hanc servitutem erat immutata, recuperat, ita ut acquiram jus altius aedificandi jure mei dominii, absque eo quod ulla servitute ad id mihi opus sit.

An non valet hoc exemplum, quod Voëtius allegat, servitutem altius tollendi esse jus, quo possum aedes vicini altius tollere. Hoc exemplum quidem aptum est, potestque etiam vocari servitus altius tollendi, et revera in hoc exemplo nil contingit contra requisita ad servitutem; sed tamen leges per servitutem altius tollendi hoc jus non intelligunt, sed jus proprias aedes altius tollendi, ut patet ex § 2 *inst. de act.*, ubi assignatur exemplum actionis confessoriae, dum quis agit jus sibi esse aedes suas altius tollendi.

Servitus altius non tollendi est jus, quo vicinus prohibetur tollere aedificium suum ultra certam altitudinem, haecque servitus maxime utilis est in iis locis, in quibus tale statutum, de quo locuti sumus, non est latum, nam in illis licet cuique aedes suas tam alte tollere, quam vult: imo haec servitus utilis est in loco, ubi viget tale statutum; sic v. g. si statutum prohibeat aedificare ultra centum pedes, potest mihi a vicino concedi servitus, ut ei tantum liceat aedificare v. g. ad octoginta pedes, quod certo erit mihi utile, cum alioquin ad centum aedificare posset.

§ II.

Servitus *ne luminibus officiatur* est jus, quo vicinus nil in suo facere potest, per quod lumina mea obscurentur, est ergo haec servitus longe diversa a servitute altius non tollendi; nempe qui servitutem debet, ne luminibus officiatur, cogitur abstinere ab omni facto, per quod lumen posset impediri, non tantum ab aedificando altius, sed etiam ab arboribus plantandis (*L.* 17 *ff. h. t.*), ubi qui debet servitutem altius non tollendi, tantum abstinere cogitur ab aedificando altius; arbores autem ultra altitudinem, ultra quam aedificare non potest, habere potest, licet arbores illae lumen impediant (*L.* 12 *ff. h. t.*): praeterea is, qui servitutem debet ne luminibus officiatur, cogitur tantum abstinere ab omni facto quod lumen impedit, et ideo potest altius tollere aedes suas, modo per hoc non officiat luminibus; secus qui debet servitutem altius non tollendi.

Nec obstat *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi dicitur, quod is, qui habet servitutem ne luminibus officiatur, adeptus videatur, ne vicinos altius aedificare possit, ex quibus verbis aliqui inferunt, quod servitus altius non tollendi non differat a servitute ne luminibus officiatur; sed male, nam J. C. per hoc non dicit, quod nil aliud sit adeptus, quam ne vicinus altius aedificare possit, sed tantum refert praecipuum quod adeptus est; ait enim *hoc maxime adeptus videtur*, quibus verbis insinuat, quod praeterea adhuc aliud adeptus sit, quam ne vicinus altius tollere possit.

In *L.* 23 *pr. ff. h. t.* quaeritur an servitus ne luminibus officiatur etiam spectet ad lumina, seu fenestras futuras, quae nondum sunt tempore quo servitus imponitur; et siquidem sic stipulatus sit vicinus, *lumina, quae nunc sunt, ut ita sint*, non est dubium futura non contineri, haec enim formula manifeste de praesentibus tantum, non de futuris concepta est: quod si sit dictum generaliter *ne luminibus officiatur*, dicit J.C. esse ambiguum hunc sermonem, sed tamen videri futura etiam comprehendi; ratio est, quod verba haec generalia sint, nec ad praesentia lumina restricta; generaliter enim dictum est *luminibus*, generaliter etiam dictum *ne officiatur*. Quod verbum non hoc tantum significat ne nunc officiatur, sed etiam ne in futurum. Huic non obstat *L.* 7 *ff. de aur. arg. leg.* ubi dicitur quod si quis dixerit *vestem meam*, *argentum meum lego*, his verbis tantum legata videatur ea vestis, idque argentum quod habebat testator tempore quo testamentum faciebat, non etiam quod postea incepit ejus esse; nam, ut ait J. C., verbum *meum*, quo testator usus est, tantum comprehendit vestem et argentum, quod tunc habebat dum testabatur; quod enim necdum habeo, hic et nunc non potest dici *meum*, et sic verba testatoris ibi manifeste important tempus praesens.

§ III.

Servitus *prospectus*, seu *ne prospectui officiatur*, est jus, vi cujus vicinus meus nil in suo facere potest, quo prospectui meo noceatur, ex quo patet in quo haec servitus differat a superiore; multa enim sunt, quae prospectui officiunt, quae tamen non officiunt luminibus; nam prospectus ex locis inferioribus percipitur, lumen ex superioribus, seu ex coelo. A pluribus ergo abstinere debet is, qui debet servitutem prospectus, quam qui debet servitutem ne luminibus officiatur (*L.* 15, et 16 *ff. h. t.*).

§ IV.

Servitus *luminum* est jus immittendi fenestram

in parietem vicini, seu quo vicinus cogitur excipere lumina nostra, id est fenestras (*L.* 4 *ff. h. t.*), ex qua lege manifeste refelluntur qui confundunt hanc servitutem cum servitute ne luminibus officiatur.

Sunt qui dicunt, servitutem luminum esse jus immittendi fenestras in proprium parietem, sed ad hoc faciendum opus non est servitute; licet enim cuique jure dominii in suo facere quid vult, modo nil in alienum immittat (*L.*8 § 5 *ff. si serv. vind.*), licet id quod facit maxime sit incommodum vicino (*L.* 9 *ff. h. t.*); jam autem per hoc quod quis fenestram aperiat in suo, nil immittit in alienum, ridiculum enim esset dicere quod oculos immittat, nam metaphorice hoc dici constat, de quali immissione non loquuntur J. C., dum dicunt nil in alienum immitti posse, sed de proprie dicta immissione hoc intelligunt; alias enim sequeretur nec in locum sacrum immitti posse oculos, cum in eum prohibitum sit aliquid immittere (*L.* 1 *pr. ff. ne quid in loc. sacr. fiat*).

Nec obstat *L.* 40 *ff. h. t.*; nam illa lex tantum negat, quod possim immittere fenestram in parietem, qui est inter me et vicinum meum communem, nec mirum; nil enim licet uni socio facere in re communi, invito altero (*L.*26 *ff. h. t.*), unde illa *L.* 40 non extendenda ad casum ubi totus paries aedium ad me pertinet; sine ulla autem necessitate a quibusdam corrigitur, dum pro ***pariete communi*** legunt ***pariete caeco.***

§ V.

In *d. L.* 40 videtur J.C. insinuare, quod possim habere servitutem, ut in pariete communi fenestram aperiam: an ergo potest servitus imponi parti pro indiviso, seu ei parti quam vicinus in isto pariete habet? Negative, nec hoc contingit, licet servitutem habeam immittendi fenestram in illum parietem; non enim servitus illa esset imposita parti, quam socius in illo pariete habet, sed totis ejus aedibus; et viceversa non esset acquisita parti, quam in isto pariete habeo, sed totis meis aedibus. Caeterum quamvis quisque in suo pariete fenestram possit immittere, nisi statutum loci sit contrarium, poterit tamen vicinus contra aedificare, et ita fenestram meam obscurare, nisi ab ipso acquiram servitutem ne luminibus meis officiat.

§ VI.

Servitus ***stillicidii recipiendi*** est jus, quo vicinus meus cogitur in suo recipere aquam ex meo tecto guttatim cadentem, pro qua servitute videri potest *L.* 20 § 5 *ff. h. t.*, ubi notatur quod is, qui hanc servitutem habet, possit tectum suum altius tollere, cum per hoc servitus fiat lenior vicino. Contra quod non possit deprimere tectum suum, cum per hoc servitus reddatur gravior. Servitus ***stillicidii non recipiendi*** est, quando v. g. statuto civitatis permittit, ut quisque teneatur aquam ex tecto vicini cadentem recipere in suo, et vicinus meus concedit mihi jus, ut illam recipere non debeam. Servitus ***fluminis*** est jus, vi cujus aliquis cogitur in suo recipere aquam ex tecto vicini per canalem decidentem.

§ VII.

Servitus ***tigni immittendi*** est jus, quo vicinus cogitur pati, ut in ejus parietem immittam tignum, v. g. lapidem, trabem etc., quod tignum in pariete vicini requiescit. Haec autem servitus non extinguitur, licet tignum immissum pereat v. g. putrefiat; non enim debetur ipsi tigno, sed aedibus, et sic quamdiu aedes durant, etiam servitus durare debet; potero ergo novum tignum immittere priori putrefacto, ille cui data est servitus tigni immittendi non amplius immittere potest, quam unum tignum, nil enim plus videtur actum. Quod si dictum sit, ut tigna immittere possit, non nisi duo immittere posse videtur; numerus enim pluralis duobus contentus est, et in dubio semper respondendum est pro eo qui debet servitutem; et alias si dicamus, quod plura quam duo immittere possit, quot dicemus eum posse immittere? Certe determinari amplius non poterit quot immittere posset.

Nec obstat quod is, qui servitutem promisit ne luminibus officiatur, non tantum debeat abstinere ab officiendo uni vel alteri lumini, sed omnibus non tantum quae nunc sunt, sed quae postea aperientur; nam disparitas est, quod propositio indefinita negative concepta aequivaleat universali, ita ut quando quis dicit ***non officiam luminibus***, sensus ejus sit, ***nullis luminibus officiam***; sed in servitute tigni immittendi est propositio affirmativa, ut tigna immittere possim; jam autem propositio indefinite prolata non semper aequipollet universali, ut dum dico ***dabo tibi nummos***, per hoc certe non intelligo daturum omnes nummos, sed aliquos; sic etiam dum dico ***do tibi jus immittendi tigna***, tantum intelligo de aliquibus, non de tot quot volueris.

A servitute tigni immittendi differt servitus projiciendi in eo, quod in priori tignum requiescat in alieno, in posteriori vero tantum in meo requiescat, et non attingat quidquam quod vicini est, sed tantum ejus solo impendeat (*L.* 242 §. 1 *ff. de verb. sign.*).

§ VIII.

Quod attinet servitutem oneris ferendi, jam diximus in ea nil fieri contra substantiam servitutis, licet in ea dominus praedii servientis ad parietis vel columnae refectionem teneatur, nec eam differre

*

Digitized by Google

in hoc pacto a reliquis servitutibus, in quibus obtineret idem, si in earum impositione actum esset ut dominus praedii servientis ad aliquod factum teneretur, modo in eo facto non consistat servitus, sed tantum versetur illud factum circa aliquod praerequisitum ad servitutem. Quando autem dominus praedii servientis directe et expresse se obligat ad id factum ponendum, tantum is et ejus heredes ex illa obligatione tenentur, nullo modo tertius possessor; aliud vero est, si se directo non obliget, sed tantum per consequentiam rei suae, ita ut pactum de faciendo directe in rem concipiatur; tunc enim tertius possessor ad id factum etiam est obligatus; et ideo est, quod in servitute oneris ferendi omnes praedii servientis possessores ad refectionem parietis obligentur; itaque tota ratio cur in servitute oneris ferendi dominus praedii servientis teneatur ad refectionem parietis est propter tacitum pactum, quod continetur in formula qua haec servitus imponitur, quale pactum, cum non intervenïat in impositione aliarum servitutum, non mirum quod in aliis servitutibus dominus praedii servientis ad factum non teneatur: ex eo autem quod hoc tacitum pactum in servitute oneris ferendi concipiatur in rem, nec dominus directe se obliget ad refectionem, sed tantum in consequentiam rei suae, etiam sequitur, quod dominus praedii servientis non teneatur parietem reficere, si paratus sit rem derelinquere (*L.* 6 § 2 *ff. si serv. vind.*), quia, ut ait J. C., hanc servitutem non persona debet, sed res, quod contrarium foret, si per hoc pactum dominus praedii servientis directe se obligasset ad refectionem.

Quoad servitutem oneris ferendi notari adhuc potest, quod si quis usumfructum habeat aedium servientium, refectio non spectat ad fructuarium, sed ad proprietarium (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*); item quod quamvis in hac servitute refectio parietis ad dominum praedii servientis pertineat, tamen tempore quo reficitur paries, ad eum non pertineat fultura domus dominantis; non enim hoc actum est in servitutis impositione, ut aedes dominantes interim teneatur fulcire (*L.* 8 *pr. ff. si serv. vind.*).

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS PRAEDIORUM RUSTICORUM.

§ I. Iter definitur.
§ II. Item actus.
§ III. Exponitur *L.* 1 *ff. de adim. leg.*
§ IV. Via definitur.
§ V. Item aquaeductus et aquae haustus.
§ VI. Item jus calcis coquendae, arenae fodiendae, et pecoris ad aquam appulsus.

§ I.

Rusticorum praediorum servitutes sunt iter, actus, via, aquaeductus, aquae haustus etc. *Iter* est jus eundi ambulandi hominis in fundo alieno, ire autem etiam dicitur is qui equo insidet, item qui sella aut lectica vehitur (*L.* 12, *L.* 7 *ff. h. t.*), imo et is, qui iter habet, ex equo descendere potest, eumque freno ducere, modo eum apud se habeat equitandi causa, non ad aliquid evehendum ex suo fundo.

§ II.

Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum ducendi: differt autem ab itinere quod is, qui iter habet, non possit jumentum agere, nec vehiculum ducere, ubi is qui actum habet ea facere potest; imo et is qui actum habet, etiam iter habet, si simpliciter ei actus datus sit. Caeterum qui actum habet, non necessario habet utrumque jus et agendi jumentum et vehiculum ducendi, sed modo alterutrum habeat, erit actus, quamvis si simpliciter actus alicui concedatur, utrumque ei censeatur concessum.

An is, qui actum habet, semper etiam necessario iter habet? Duplex iter distinguendum est: unum, quo opus habemus ad agendum vel ducendum, et hoc certe iter actui necessario inest, quatenus alias nec agere, nec ducere quis posset; alterum, quo quis ire potest solus sine jumento vel vehiculo, hocque iter etiam is habet, cui simpliciter actus est concessus, non principaliter quidem, sed per consequentiam concessi actus, quatenus ei cui plus licet, etiam licet id quod minus est (*L.* 21 *ff. de reg. jur.*), minus autem est ire solus, quam agero jumenta, itaque habet hoc jus ex tacita voluntate concedentis: caeterum potest alicui ita constitui actus, ut jus ei non sit eundi solus; quod enim dicitur, quod is qui actum habet, etiam possit ire solus, tantum tunc verum est, quando simpliciter actus concessus est, idque ex tacita voluntate ejus, qui actum concedit, non autem quando concedens specialiter dixit, se non velle ut alter eat solus; tunc enim apparet ejus contraria voluntas, idque est quod dici solet, iter non esse de substantia actus, seu actum posse esse sine itinere, ut etiam fatetur J. C. in *L.* 4 § 1 *ff. si serv. vind.*

§ III.

Huc spectat *L.* 1 *ff. de adim. leg.*, ubi proponitur testatorem legasse alicui actum, postea ei ademisse iter: dicit J. C. eum nihil ademisse; loquitur nempe de itinere ad actum necessario, ut patet ex ratione quam dat, *quia*, inquit, *nunquam actus sine itinere esse potest*: ratio est, quod testator velit legatum actus subsistere, et cum actus sine eo itinere esse non possit, necessario dicendum est illud iter non esse ademptum, cum impossibile sit agere, nisi eas; quod autem testator legatum actus

voluerit consistere, patet ex eo quod actum non ademerit. Huic similis est decisio J. C. in *L.* 1 § 1 *ff. si ususf. pet.*, ubi dicit quod si ususfructus legatus sit fundi, ad quem aditus non erat, nisi per fundum hereditarium, et testator aditum ademerit, ademptio sit inutilis; sed an saltem in casu posito non potest dici ademptum legatario jus ut solus eat? Negative; non enim adimi potest, nisi quod legatum est; jam autem iter, seu jus ut solus eat, testator non legaverat; ergo etc. Habet quidem legatarius hoc jus, sed hoc tantum habet per consequentiam concessi actus, non quasi principaliter iter ei datum sit.

§ IV.

Via est jus eundi, agendi et ambulandi; ex quo patet viam in se continere actum et iter, ita ut si unum desit, non sit via: praeterea qui viam habet, necessario debet habere utrumque jus, et agendi jumentum, et vehiculum ducendi; patet ergo in quo via ab actu differat: potest enim, ut diximus, actus ita constitui, ut tantum liceat alterutrum, vel jumentum agere, vel vehiculum ducere; deinde potest actus esse sine itinere, si ita convenerit, ita ut actus, si simpliciter concessus sit, tantum iter contineat per consequentiam.

Ex eo quod actus simpliciter concessus contineat iter, non principaliter, sed per consequentiam tantum, sequitur quod is, qui actum habet, si iter vindicet, male agat; non enim itineris servitus ei constituta est, atque adeo non potest directe agere ad iter; si ergo prohibeatur dum vult solus ire, actum non iter vindicare debet, alias causa cadet, eodem modo sicut is cui ususfructus legatus est, quamvis heres ei debeat aditum, ut ad fundum fructuarium pervenire possit, non tamen aditum illum, seu iter vindicare potest (*L.* 2 § 2 *ff. si serv. vind.*). Aliud est de eo qui viam habet, is enim et iter vindicare potest, et actum etiam prout vult, utrumque enim aeque principaliter ei concessum est.

Ex eo etiam sequitur quod si quis a me iter vindicaverit, et per sententiam repulsus fuerit, non prohibeatur postea actum a me vindicare, nec ei objicere possum exceptionem rei judicatae, haec enim tantum potest opponi dum de eadem re agitur; jam autem actum petendo non petit idem quod ante; actus enim non essentialiter continet iter, et sic non potest dici quod eo ipso quo actum petit, etiam petat iter (*L.* 11 § 6 *ff. de excep. rei jud.*): aliud esset, si postea viam vellet vindicare; jam enim eum recte repellerem exceptione rei judicatae, quoniam de eadem re iterum ageret; antea enim vindicaverat iter, jam viam vindicando iterum vindicat iter.

Sequitur ulterius ex jam dictis, quod si quis viam mihi concesserit per locum tam angustum, ut nec jumentum agere, nec vehiculum ducere possem, ire tamen per eum possem, habiturus sim servitutem itineris (*L.* 13 *ff. de serv.*), quoniam nempe qui viam mihi concedit, etiam iter mihi concedit, et quidem principaliter. Aliud videtur dicendum, si quis actum mihi concedat per locum tam angustum, ut nec agere jumentum, nec ducere vehiculum possem; hoc enim casu nec iter quidem sim habiturus; in actu enim tantum per consequentiam et accessorie conceditur mihi iter, seu jus ut solus eam; cum ergo actus non subsistat, nec id quod per consequentiam mihi concedebatur, subsistere potest. Alias differentias videre est in *L.* 7, 8, et 13 § 2 et 3 *ff. h. t.*

§ V.

Aquae ductus est jus aquae ducendae per fundum vicinum ad nostrum fundum. *Aquae haustus* est jus ex fonte vel puteo vicini aquam hauriendi: notandum autem quod si fons, ex quo aquae haustum alteri concedo, non sit vicinus fundo ejus cui concedo, sed debeat vicinus per fundum vel partem fundi mei transire, ut ad eum perveniat, etiam censear ipsi concessisse iter per fundum meum ad fontem, non principaliter quidem, sed per consequentiam tantum, quatenus haurire non potest, nisi per meum fundum eat (*L.* 3 § 3 *ff. h. t.*). Quid si, cum inter tuum fundum et flumen publicum meus fundus interjaceret, concesserim tibi aquae haustum ex illo flumine? Ea concessione nihil agitur, inutilis enim est concessio ejus, quod habebas; cum cuique jus sit ex flumine publico aquam hauriendi; ex quo sequitur quod nequidem iter tibi ad flumen per meum fundum competat (*d. L.* 3 § 3.), nempe iter aquae haustui tantum per consequentiam inest; cum ergo in casu non valeat concessio aquae haustus, nec id quod per consequentiam ei inerat habebis. Ex eo quod is, qui aquae haustum habet, iter per consequentiam tantum habeat, sequitur decisio J. C. in *L.* 17 *ff. quemad. serv. am.*

§ VI.

Inter servitutes rusticas enumerantur quoque jus *calcis coquendae in alieno*, vel *arenae fodiendae* ad usum praedii nostri, quo casu tamen non plus coquere possumus, quam ad usum praedii, cui ista servitus fuit acquisita, necessarium est; non enim utilitatem ex servitute provenientem extendere licet ultra praedium dominans (*L.* 5 § 1, *L.* 6 *ff. h. t.*).

Est etiam servitus rustica *pecoris ad aquam*, quae in alieno est, *appulsus*; item jus *in alieno pascendi*: nec facit illam servitutem non esse constitutam in utilitatem praedii dominantis, sed potius in utilitatem pecorum; nam certum est pecora ad utilitatem praedii rustici maxime contribuere, et sic illae servitutes ipsi praedio utilitatem adfe-

Digitized by Google

runt, cum fructus praedii quandoque in pecore maxime consistat (*L.* 4 *ff. h. t.*): non poterit tamen is. qui hanc servitutem habet, alia pecora ad aquam appellere, aut mittere ad pascendum, quam quae destinata sunt praedio, cui servitus est acquisita.

Alias rusticas servitutes vide in *L.* 3 § 1 et 2, *L.* 6 § 1 *ff. h. t.*, et licet servitutes tam urbanorum, quam rusticorum praediorum hactenus enumeratae vere sint praediales, eo quod praediis debeantur, nil tamen implicat quominus personales fiant, si nempe in favorem certae personae sint constitutae, v. g. si concedens designaverit certam personam, cui soli eam deberi voluit, quo casu, ut juris est in servitute personali, morte ejus, cui concessae sunt, finientur (*L.* 4 et 37 *ff. h. t.*, *L.* 6 *ff. de serv. leg.*).

TITULUS IV.

COMMUNIA PRAEDIORUM TAM URBANORUM QUAM RUSTICORUM.

§ I. Servitutes sine quasi traditione acquiri non possunt.
§ II. Servitutes, quae in non faciendo consistunt, etiam traditione indigent.
§ III. Quis possit imponere servitutem.
§ IV. An unus sociorum fundi communis pro indiviso possit imponere servitutem.
§ V. Quid si unus primo concesserit, et postmodum alii concedant.
§ VI. Quis possit acquirere servitutem.
§ VII. Exponitur *L.* 3 *ff. de serv. leg.*
§ VIII. Quid si testator fundum Maevio legaverit sub conditione; eidemque pure legaverit viam ad illud praedium.
§ IX. Explicatur principium: *servitutes esse individuas.*
§ X. Per judicem servitutes constitui demonstratur.
§ XI. Item per praescriptionem.
§ XII. Servitus fundi possessorem sequitur.
§ XIII. Ei, cui concessa est servitus, omnia concessa videntur, sine quibus servitute uti non posset.

§ I.

Postquam de duabus servitutum speciebus separatim actum est, veniunt sub *hoc tit.* communia utriusque speciei: hic itaque reminisci debemus omnium requisitorum ad servitutes, de quibus egimus sub *tit.* 1 *huj. L.*

Aliud commune omnibus servitutibus est, quod iisdem modis constituantur; nempe imprimis, vel a domino fundi, idque vel actu inter vivos, vel per ultimam voluntatem, modo, quando actu inter vivos constituuntur, observetur subsequi debere quasi traditionem; alias nondum sunt constitutae, cum generale sit nullum jus reale actu inter vivos, seu pactis et conventionibus transferri, nisi subsequatur traditio, vel quasi traditio: aliud est, dum per testamentum constituuntur; ipso enim jure sine traditione a momento aditae hereditatis acquiruntur eis, quibus sunt relictae. Si itaque quis mihi vendiderit, aut promiserit in suo fundo servitutem, nondum autem tradiderit, personam ejus tantum obligatam habeo, non autem habeo rem jure reali devinctam; et consequenter tantum mihi est acquisita actio personalis ex stipulatu vel ex empto, non vero actio realis: ex quo sequitur quod si is, qui servitutem mihi promiserat in fundo suo, eum fundum alteri vendiderit, nullo modo convenire possim emptorem; cum enim tantum actionem personalem habeam, ea tantum agere possum contra eum, qui mihi servitutem promisit, ut eam mihi praestet, quod. eum in casu posito facere non possit, condemnabitur in id quod mea interest eam non esse constitutam; emptor autem nullo modo mihi obligatur; sic non habeo contra ipsum actionem personalem, nec etiam habeo actionem realem, cum nullum jus reale in fundo isto habeam, attento quod quasi traditio non intervenerit.

§ II.

Cum servitutes sint res incorporales, patet eas proprie tradi non posse, traditio enim est factum corporale, quale factum circa rem incorporalem poni nequit, et ideo quasi traditione hic opus est, quae consistit in usu domini praedii dominantis, et patientia domini praedii servientis (*L.* 20 *ff. de serv.*, *L.* 1 § *ult. ff. de serv. praed. rust.*). Ex eo aliqui inferunt quod servitutes, quae in non faciendo consistunt, sola conventione sine traditione constituantur, quia in illis servitutibus usus domini praedii dominantis non potest habere locum: sic v. g. si promittam tibi servitutem ne altius tollam aedes meas, licet abstineam ab altius aedificando, non potest tamen hoc esse vice traditionis, et ex tua parte nullus usus intervenit, unde aiunt similem servitutem acquiri per solam conventionem, sed male; nam, ut constat ex *L.* 3 *pr. ff. de oblig. et act.* sola obligatio, seu conventio nequit servitutem nostram facere, et generale est principium, nullum jus reale, quale est servitus, actu inter vivos sine traditione transferri. Verum quidem est, quod usus et patientia non possint hic habere locum; sed etiam verum est illum usum et patientiam non esse solum modum, quo servitutes quasi traduntur; cessio enim in jure etiam est modus, quo quasi tradi possunt; item cautio per quam quis promittit se non facturum contra servitutem, de qua agitur in *L.* 20 *ff. de serv.*, *L.* 3 § 2 *ff. de act. empt.*; item inductio domini praedii dominantis in fundum servientem, quasi traditionem involvit, qui modi in omnibus servitutibus, etiam in iis quae consistunt in non faciendo, possunt usurpari; et sic corruit ratio adversariorum, cur statuant in illis servitutibus non esse necessariam quasi traditionem.

§ III.

Quaeritur quis servitutem imponere possit? So-

lus ille, qui in solidum fundi dominus est, et qui liberam rerum suarum habet administrationem; hinc nemo rei alienae servitutem potest imponere, nullum enim jus in re alteri possum dare, nisi ipse habeam; hinc etiam fructuarius fundi servitutem ei imponere nequit, potest tamen proprietarius, et quidem sine consensu fructuarii, si agatur de tali servitute, quae non reddit causam ususfructus deteriorem, alias consensu fructuarii opus habet, ut dictum sub *tit. de usuf.*: sequitur etiam ex dictis quod pupillus, aut minor sine auctoritate tutoris, aut consensu curatoris servitutem nequeant imponere; reddunt enim per hoc suam conditionem deteriorem.

§ IV.

Quid si praedium inter plures commune sit, an unus sine consensu alterius servitutem imponere potest? Si sit commune pro diviso potest, nam tunc quisque habet suam partem separatam, ita ut pars cujusque sit revera integer fundus cujus quisque in solidum est dominus; pars enim pro diviso proprie loquendo non est pars, sed tantum dicitur pars respective ad partem aliorum. Si vero fundus sit communis pro indiviso, unus sine altero non potest imponere servitutem: ratio est, quod nequeat imponere servitutem suae parti, quin etiam imponat parti alterius; pars autem alterius est aliena respectu ipsius, et consequenter ei servitutem imponere nequit (*L.* 2 *ff. de serv.*): quod autem impossibile sit ut suae parti tantum servitutem imponat, probatur ex eo quod ejus pars sit incorporalis, et tantum in intellectu consistat, rei autem incorporali servitus imponi nequit: sic, si ponamus quod concesserit iter, impossibile est ut is, cui iter concessum est, eat in partem concedentis, nisi simul etiam eat in partem alterius socii, cum quaelibet gleba fundi sit communis inter omnes socios. Accedit praeterea, quod in re communi nemo sociorum invito altero quid facere possit, nec unus alterius conditionem deteriorem reddere, quod certe contingeret si unus sine consensu alterius posset imponere servitutem. Nec obstat quod unus sociorum possit usumfructum suae partis alteri dare etiam invito socio, nam per hoc nullo modo socio nocet: quid enim interest socii mei, an mecum fundum colat et fructus percipiat, an cum alio? Sic etiam unus invito socio partem suam vendere aut hypothecare potest, quia per hoc nullo modo socio nocetur, prout nocetur per servitutis impositionem.

§ V.

Quamvis autem unus sociorum sine consensu aliorum servitutem nequeat imponere, non tamen est dubium quin omnes simul eam imponere possint. Si itaque unus sociorum in re communi mihi constituerit servitutem sine consensu aliorum, non erit mihi acquisita servitus: si tamen ea utar, benigne receptum est ut is, qui eam, quamvis inutiliter constituit, prohibere me nullo modo possit, ne sic proprio suo facto contraveniret: caeteri autem prohibere me recte possunt (*L.* 11 *ff. de serv. praed. rust.*). Stricto ergo jure cessio servitutis ab uno ex sociis facta ita est nulla et inefficax, ut licet postea etiam alii cedant, non tamen servitutem acquiram; nam cessio primi, utpote nulla, ex post facto non potest convalescere per cessionem aliorum; nec etiam cessio aliorum efficere potest ut servitutem habeam, quoniam et illa cessio nulla est, cum non sit facta ab omnibus: caeterum tamen placuit, ut, quamvis cessio primi stricto jure nulla et inefficax esse deberet, ea tamen maneat in suspenso, ita ut si alii socii etiam postea cedant servitutem, cessio a priore facta confirmetur (*L.* 11 *ff. de serv. praed. rust.*); ex aequitate itaque contra strictam juris rationem receptum est, ut cessio posteriorum confirmet cessionem priorum, quasi nimirum illi, qui prius concesserant, in eadem voluntate manere, et cessionem a se factam reiterare videantur, et ita videatur servitus cedi ab omnibus sociis simul; et profecto posterioribus cedentibus, priores, licet inutiliter cesserint, cogi poterant ut cessionem suam reiterarent, et si se opponerent eo praetextu, quod cessio a se facta fuerit inutilis, repelli poterant per exceptionem, quatenus proprio suo facto contravenirent, quod inhonestum est; jam autem si vere reiterarent suam cessionem, servitus esset recte imposita; leges itaque ex aequitate supervacuam crediderunt istam reiterationem; cum frustra requirantur plura, dum res potest expediri per pauciora; fingunt itaque quodammodo quod priores cessionem suam reiterent, sicque statuunt servitutem esse impositam statim ac posteriores cedunt (*L.* 18 *ff. h. t.*).

Haec ita se habent, si res ad eosdem socios pertineat utroque tempore, et dum primi cedebant, et dum ultimi. Sed quid si v. g. duo cesserint servitutem, tuncque ambo vendant suam partem vel unus eorum, postea alii socii etiam cedant mihi servitutem; an jam servitus erit recte imposita? Negative; ratio est, quod emptor nullo modo in servitutem imponendam consenserit; ipse enim nunquam cessit, et pars quam emit ad eum pervenit libera; nec etiam cogi potest ut cessionem a venditore factam reiteret, cum ipse eam non fecerit; itaque leges non poterant eum considerare ut si cessionem renovaret eo tempore quo alii cedunt, nec etiam poterat videri venditor cessionem suam reiterare; nam licet revera eam jam reiteraret, reiteratio esset inutilis, cum non sit amplius dominus suae partis; apparet ergo quod alii soli cedant servitutem, atque adeo cessio ab illis facta, utpote non facta ab omnibus sociis, est nulla, vel saltem manet in suspenso, donec novus emptor etiam cedat, si cedere velit.

Digitized by Google

Quid jam si is, qui primo cesserat, moriatur, ita ut pars quam in fundo habet, jam ad heredem ejus pertineat, an, si alii socii postea cedant, cessio a defuncto facta confirmabitur? Id iterum negat J.C. in *L.* 18 *ff.h. t.*; ratio est, quod ea quae contra juris rationem recepta sunt, non sint extendenda ad consequentias, saltem dum diversa est ratio; jam autem, ut vidimus, quod cessio a priore facta confirmatur per cessionem posteriorum, dum illi cedunt eo tempore quo prior adhuc suam partem habet, hoc receptum est contra juris rationem, non est ergo extendendum ad casum ubi prior mortuus est, et ejus pars penes heredem ejus est; est enim diversa ratio, nam ideo, priore vivente, ejus cessio confirmatur, quia cogi poterat ad cessionem suam reiterandam; jam autem heres ad id cogi non potest, ut cessionem a defuncto nulliter factam reiteret, et sic denegando reiterationem nullo modo dici potest suo facto contravenire.

Objici potest quod defunctus obligatus esset ad reiterandam suam cessionem; atqui heres repraesentat defunctum, et in omnes ejus obligationes succedit; et adeo aiunt, heres etiam cogi potest ad reiterandam cessionem a defuncto factam. R̸. Quod dicitur heredem repraesentare defunctum, et in omnes ejus obligationes succedere, fallit in iis quae sunt mere personalia, ita ut personam non egrediantur; hic autem obligatio ex illo facto resultans, qua defunctus obligabatur ad cessionem reiterandam, mere personalis erat, et sic ad heredem transire non debet; heres enim defunctum non repraesentat in illis, quae sunt mere personalia, nec obligatio mere personalis ad eum transit.

Eodem modo solvitur, si objiciatur quod heres praestare debeat factum defuncti, nec possit ei contravenire; nam hoc iterum tantum verum est de talibus factis, ex quibus obligationes oriuntur ad heredem transeuntes, v.g. si defunctus contraxerit etc., nullo modo de factis mere personalibus et ex quibus obligatio mere personalis oritur.

Quid jam si unus ex sociis servitutem in fundo communi cedat, postea is, qui non cesserat, partem suam alienet, et emptor eam servitutem cedat, an servitus erit recte imposita? Negat J. C. in *d. L.* 18., quia iterum diversa est ratio; nempe non aeque facile fingi potest in hoc casu, quod omnes socii simul eodem tempore cessionem fecerint; nam tempore quo primus cedebat, non erat in communione cum hoc novo emptore, qui jam cedere supponitur, sed cum eo a quo emptor ille emit, qui nunquam servitutem cessisse supponitur; iterum ergo novo illo emptore cedente cessio in suspenso erit, donec alter socius adhuc cedat. Patet ergo ex dictis quod dum socii, non eodem tempore, sed separatim cedunt, tunc tantum cessio a priore facta ex aequitate confirmetur per cessionem aliorum, si omnia adhuc sint in eodem statu, id est si eo tempore quo posterior cedit, res ad eosdem pertineat, ad quos pertinebat, dum prior cedebat.

Quid si unus sociorum leget servitutem in fundo communi, alter cedat? Si alter cedat eo momento, quo hereditas primi aditur, servitus erit recte imposita, etiam stricto jure; nam eo momento quo hereditas aditur, legatum exerit vires suas, seu jus reale transfert in legatarium; si ergo eodem momento alter socius cedat, apparet servitutem ab omnibus sociis simul imponi, adeoque non est dubitandum quin recte sit imposita. Idem dicendum est, si alter socius cedat servitutem, antequam hereditas ejus qui legaverat adeatur; jam enim cessio illa facit, ut videatur ea renovari eo tempore quo alter imponit; itaque dum aditur hereditas alterius, videtur servitus ab omnibus imponi, sicque iterum recte imposita est. Aliud est si alter cedat postquam hereditas ejus qui legaverat adita est; tunc enim servitus non erit recte imposita: ratio est, quod, ut ait J. C., receptum quidem sit, ut actus viventium in suspenso maneant, non autem id receptum sit in actibus defunctorum, nempe defuncti nulla amplius est voluntas, utpote morte extincta; receptum quidem est etiam, ut post mortem defuncti operetur; sed hoc tamdiu tantum donec plenas suas vires exercuerit, seu usque ad aditam hereditatem in supposito quod legatum sit purum; post aditam vero hereditatem tota vis legati absorbetur. Aliud est de actibus viventium; potest enim in his fingi, quod voluntas concedentis adhuc perduret, eum adhuc vivere supponatur, et quod cessionem suam reiteret eo tempore, quo alter cessionem suam facit. Hinc ulterius sequitur, quod decidit J. C. in fine legis, nempe quod si uterque socius leget servitutem in fundo communi, tunc tantum servitus recte imposita sit, si amborum eodem tempore hereditas adeatur, cum tunc recte dicatur ab utroque imponi eodem tempore: non erit autem imposita, si diversis temporibus eorum hereditas adeatur.

§ VI.

Sequitur videre quinam servitutes acquirere possint; potest autem is tantum qui praedii alicujus in solidum est dominus: quid si ad plures pertineat, an unus servitutem ei acquirere potest? Non, nam impossibile esset, ut servitutem suae parti acquireret, quin eo ipso etiam acquireretur parti alterius, utilitas enim ex servitute proveniens totum fundum afficit, nec partem pro indiviso tantum afficere potest; jam autem de jure romano uni per alterum acquiri non potest. Hinc est, quod unus sine altero servitutem acquirere fundo communi nequeat: unde si ponamus aliquem, qui servitutem fundo suo erat stipulatus a vicino, vel totum, vel ejus partem pro indiviso alienasse, utroque casu corrumpitur stipulatio; nam priori casu, ubi to-

tum fundum alienavit, non habet amplius fundum, cui servitus constitueretur, et cum fundus sit alienus servitutem ei acquirere non potest; posteriore autem casu, ubi partem pro indiviso alienavit, non potest acquirere suae parti servitutem, quin simul acquirat parti, quam in alterum transtulit; alteri autem acquirere nequit (*L.* 136 § 1 *ff. de verb. oblig.*, *L.* 11 *ff. de serv.*).

§ VII.

Huc spectat *L.* 3 *ff. de serv. leg.*, ubi proponitur quod testator legaverit Maevio fundum Tusculanum, item servitutem viae ad istum fundum; Titio eundem fundum legaverat sine via: Titius et Maevius uterque suum acceptat legatum, sicque in fundo Tusculano habent partes pro indiviso. Dicit J. C. quod via fundo non debeatur: ratio est, quod via quidem Maevio legata sit; sed cum Maevius partem pro indiviso tantum in fundo habeat, ejus parti non potest via acquiri, nisi simul acquiratur parti Titii; jam autem Titio per Maevium acquiri non potest, nec Titio via legata est, unde fundus apud illos erit sine via: quid jam, si tempore quo Titius deliberat de legato acceptando, Maevius acceptet legatum suum, postea autem Titius repudiet, et ita totus fundus ad Maevium spectet, an via fundo debebitur? Affirmative; jam enim cum totus fundus ad Maevium spectet, nil obstat quominus via, quae ipsi legata supponitur, ei acquiratur.

Obj. Dominium rei legatae transfertur in legatarium a momento aditae hereditatis, ita ut in casu Titius et Maevius facti sint domini pro indiviso illius fundi; si itaque tempore aditae hereditatis Maevius tantum pro parte fuerit dominus, non potuit ei servitus viae acquiri. ℞. Verum quidem est, quod dominium rei legatae statim ab adita hereditate transferatur in legatarium; sed hoc ita verum est, si legatarius postea suum legatum non repudiet, ita ut ante ejus repudiationem incertum sit an apud eum sit dominium, ut siquidem non repudiaverit, appareat eum fuisse dominum ab adita hereditate: si vero repudiaverit, appareat eum nunquam fuisse dominum (*L.* 15 *ff. de reb. dub.*); itaque in casu, cum Titius legatum repudiaverit, apparet quod nunquam dominus fuerit partis fundi; cum ergo fundus esset utrique legatus, apparet quod totus fundus a momento aditae hereditatis ad Maevium pertinuerit, et sic quod servitutem acquisiverit (*L.* 34, 35, et 36 *pr. ff. de leg. Aquil.*).

Obj. Quod antequam Titius repudiet, incertum sit an sit repudiaturus, et sic etiam incertum est, an ad Maevium pertineat totus fundus, adeoque quod legatum servitutis in suspenso sit; jam autem ante diximus, ex *L.* 18 *ff. h. t.* legatum purum non posse esse in suspenso; ergo etc. Sed falsum est quod legatum servitutis sit in suspenso antequam Titius repudiet; nam licet ignoremus an valeat vel non valeat legatum, tamen unum vel aliud certum est, hocque certum est a momento aditae hereditatis, licet id ignoremus, et tantum sciamus post repudiationem, vel non repudiationem Titii.

§ VIII.

Quid si testator fundum Maevio legaverit sub conditione, eidemque pure legaverit viam ad illud praedium? Jam si hereditas adeatur tempore quo conditio adhuc pendet, legatum viae erit inutile, nam tempore quo aditur hereditas non potest Maevio acquiri via, cum fundum needum habeat: nec legatum viae, quod erat purum, potest manere in suspenso.

Nec obstat quod ubi conditio existit, Maevius habeat totum legatum: idquo non minus ac in priori casu ubi Maevio et Titio simul fundus legatus fuit, et Titius repudiavit; nam disparitas est, quod dum Maevio sub conditione fundus legatus est, fundus ei tantum acquiratur postquam conditio extitit; non enim intelligitur fuisse dominus fundi ab adita hereditate, sed tantum a momento existentiae conditionis, et sic tempore aditae hereditatis non poterat acquirere servitutem; sed in altero casu ubi Maevio et Titio fundus simul est legatus, Titio repudiante, apparet Maevium fuisse dominum totius fundi non tantum a tempore quo Titius repudiavit, sed retro ab adita hereditate; et sic apparet servitutem ei potuisse acquiri tempore aditae hereditatis.

§ IX.

Huc etiam spectat principium, quod in variis locis traditur, *servitutes esse individuas*, seu non recipere divisionem (*L.* 72 *pr. ff. de verb. oblig.*), in quo differunt ab usufructu, qui dividuus est ratione fructuum, in quorum perceptione consistit, ut sub *titulo de usufructu* dictum est.

Ex eo quod individuae sint servitutes sequitur id quod jam diximus, nempe parti pro indiviso nec imponi nec acquiri eas posse. Sequitur praeterea quod si quis obligatus sit ad servitutem imponendam, haec obligatio sit individua, utpote habens pro objecto rem individuam; tandem cum impossibile sit eam pro parte imponere, ulterius sequitur quod si is, qui servitutem promisit, moriatur, pluribus relictis heredibus, quisque heres ad solidam servitutem sit obligatus, et conveniri possit in solidum ut servitutem imponat. Verum quidem est quod obligationes a defuncto contractae dividantur inter heredes per *L. XII. tabb.* pro portionibus hereditariis, ita ut si v. g. defunctus promiserit centum, et sint duo heredes aequis partibus, quisque heres tantum possit conveniri ad quinquaginta: sed hoc tantum verum est in obli-

gationibus dividuis, seu dum id quod in obligatione est dividi potest, ut in casu allegato. Aliud autem est de obligationibus individuis, qualis est obligatio ad servitutem; non enim lex illas dividit inter heredes, cum non possint dividi, et sic necesse erat ut illae obligationes vel ad quemcumque heredem in solidum, vel ad nullum heredem transirent, sed cum defuncto extinguerentur, quod posterius sane iniquum fuisset, cum sic creditor suo jure frustraretur, necesse ergo fuit statuere, ut illae obligationes in solidum ad omnes heredes transirent. Poterit itaque stipulator servitutis unumquemque ex heredibus promissoris in solidum convenire, isque, si non praestetur servitus, et adeo deveniendum sit ad aestimationem, condemnabitur in solidam servitutis aestimationem; nam aestimatio praestatur ideo quod servitus promissa non praestetur; cum ergo ad solidam servitutem posset conveniri, imo conventus esset, consequens est ut ad solidam aestimationem condemnetur, cum haec aestimatio loco servitutis praestetur; caeterum tamen, si unus heredum solidam servitutis aestimationem praestiterit, poterit id quod solvit pro parte repetere a coheredibus suis per judicium familiae erciscundae (*L.* 25 § 10 *ff. fam. ercisc.*, *L.* 2 § 2 *ff. de verb. oblig.*).

Nec obstat quod aestimatio servitutis sit maxime dividua, cum constet in pecunia numerata, ex quo inferri posset, quod licet obligatio ad servitutem in solidum transeat ad quemcumque heredem, tamen si deveniendum sit ad aestimationem, a quocumque herede tantum pars aestimationis peti possit; nam licet aestimatio sit dividua per se, tamen est individua quoties surrogatur in locum rei individuae, surrogatum enim sapit naturam ejus in cujus locum surrogatur; cum itaque servitus sit individua, et aestimatio in ejus locum succedat, eumque in eam condemnetur propterea quod servitus non praestetur, etiam aestimatio est facta individua, adeoque heres conventus eam solidam praestare debet.

Obj. Suppone quod quis servitutem promiserit, et ulterius si eam non praestaret, promiserit centum, et quod decedat pluribus relictis heredibus: tali casu, si unus heredum conventus servitutem non praestet, ex stipulatione poenali quisque heres tantum poterit conveniri ad quinquaginta, hocque ideo, quia poena centum est dividua; ergo eum aestimatio sit dividua, si in casu deveniendum sit ad aestimationem, heres conventus tantum in partem aestimationis condemnari debet. Sed disparitas est, quod in casu objecto ab initio duae essent obligationes, una pura ad servitutem, altera conditionalis ad poenam; prior utpote individua ad quemcumque heredem transit in solidum, posterior utpote dividua consistens nimirum in pecunia numerata, ad quemcumque heredem transire debet, et inter eos dividi pro parte hereditaria: sed in casu nostro, ab initio tantum unica obligatio erat ad servitutem, eaque individua, qua proinde singulus heres in solidum tenetur. Aestimatio autem, in quam unus heredum conventus condemnatus est, nunquam fuit debita a defuncto, sed tantum debita esse incepit post condemnationem judicis, qui ideo in eam condemnavit quod servitus promissa non praestaretur; cum itaque defunctus ad aestimationem nunquam fuerit obligatus, non potest dici hanc obligationem inter heredes fuisse divisam, nam illae tantum obligationes inter heredes dividuntur, quae a defuncto inceperunt.

Idem potest responderi, si objiciatur hoc argumentum: si defunctus factum promiserit, et moriatur pluribus relictis heredibus, si factum non impleatur et stipulator ad interesse agere velit, a quolibet herede tantum partem sui interesse petere poterit, quamvis obligatio facti sit individua; scilicet in obligationibus faciendi ab initio sunt duae obligationes, una ad ipsum factum, quae est individua, altera ad interesse sub conditione si factum non impleatur, quae posterior, cum interesse consistat in pecunia numerata, dividua est, et consequenter ad heredes transit pro parte hereditaria. Hoc nempe specialiter receptum est in obligationibus faciendi, ut agi possit ad interesse, si factum non fiat, ideo nempe quia dum factum stipulati sumus, saepe nostra post aliquid tempus non amplius interest, ut factum ponatur, et ideo leges statuerunt, ut quicumque factum stipulatus est, quamvis ad ipsum factum agere possit, tamen etiam si velit, possit agere ad interesse, non ad factum (*L.* 72 *ff. de verb. oblig.*), ita ut ab initio sit duplex obligatio, quarum una non succedit in locum alterius. Aliud est de obligationibus dandi, inter quas etiam refertur obligatio servitutis; hic enim tantum est unica obligatio ab initio, et quamvis quandoque reus in aestimationem condemnetur, hoc tamen non contingit quasi ad eam obligatus esset, sed ex eo quod non praestet id quod promissum est; sicque haec aestimatio in quam condemnatur succedit in locum rei promissae, et consequenter si res promissa individua sit, etiam haec aestimatio individua erit.

Quid jam si is, qui servitutem stipulatus erat, moriatur pluribus relictis heredibus? Iterum haec obligatio, utpote individua, ad singulos heredes transit in solidum, ita ut quisque heres solidam servitutem possit petere (*L.* 17 *ff. de serv.*, *L.* 2 § 2 *ff. de verb. oblig*). Hoc tamen notandum, quod si unus heredum solidam servitutem petat, ut petere potest, et deveniendum sit ad aestimationem, propterea quod non praestetur servitus, is jam non consequatur solidam servitutis aestimationem, sed tantum pro parte, pro qua heres est (*L.* 25 § 9 *ff. fam. ercisc.*): ratio est, quod actiones omnes inventae sint et dentur ad consequendum id tantum quod nostra interest; jam autem cujusque heredum

tantum pro parte interest servitutem constitutam non esse, nempe pro parte quam in isto fundo habet, seu pro parte hereditaria, adeoque pro illa parte tantum aestimationem consequetur: aliud est, ut diximus, si unus ex promissoris heredibus conveniatur et ad aestimationem condemnetur, quoniam succedit aestimatio in locum servitutis quae individua est, et actoris in solidum intarest servitutem habere, ubi dum unus ex heredibus stipulatoris agit, aestimatio quidem etiam in locum servitutis succedit, sed tamen ajus pro parte tantum interest servitutem habere.

§ X.

Alius modus, quo constituitur servitus, est per judicem in judiciis divisoriis: in iis enim saepe convenit ut, ita postulante aequitate, judex imponera debeat servitutem parti assignatae uni in favorem partis assignatae alteri, ut v. g si ad partem uni assignatam aditus non sit, nisi per partem alterius, certa aequum est, ut huic parti servitutem itineris imponat, cum alter nullam utilitatem posset sina servitute habere. Dum autem judex servitutem adjudicat, servitus ipso jure est imposita, ut its non amplius opus sit traditione; non enim debet minor effectus tribui ei quod judex decernit, quam ei quod testator in testamento disposuit.

§ XI.

Tandem constituitur servitus per praescriptionem, seu longum usum decem annorum inter praesentes, vel viginti inter absentes; et quidem, si quis praedium bona fide et justo titulo longo tempore possedarit, una cum praedio acquisivit etiam servitutes praedio debitas: sed in hoc casu. ut per se patet, non usucapiuntur aut praescribuntur proprie ipsae servitutes, sed praedium tantum usucapitur cum suis qualitatibus, inter quas sunt servitutes (*L.* 86 *ff. de verb sign.*).

Hic ergo tantum agitur de servitute per longum tempus acquirenda sine praedio, hoc est absque eo quod simul etiam praedium acquiratur; hocque contingit imprimis, si quis a vicini praedii non domino servitutem accepit constitutam bona fide et justo titulo, eaque longo tempore sit usus; tunc enim servitutem illam acquisivit

Alius modus, isque famosior acquirendi servitutem longo tempore est, si quis non vi, non clam, non precario servitutem exercuerit in fundo vicini per decem annos inter praesentes, et viginti, si vicinus sit absens: quod attinet hanc praescriptionem, notandum quod, cum *L. XII. tabb.* usucapionem fundorum introduxerit biennii tempore complendam, id quod illa lex de fundis aliisque rebus corporalibus statuerat, usu fori et interpretatione J.C. etiam productum sit ad servitutes, ita ut et has sine praediis usucapi posse receptum fuerit: postea vero lata fuit lex Scribonia, qua cautum est, ne usucapi servitutes possent (*L.* 4 § *ult. ff. de usurp. et usucap.*), id ideo forte statutum fuit, quia servitutes incorporales sunt, adeoque proprie possideri nequeunt (*L.* 3 *pr. ff. de acq vel amitt. poss.*, *L.* 14 *pr. ff de serv*); notum est autem quod ad usucapionem requiratur possessio: vel potius ideo, quia tempus biennii, quo tunc absolvebatur usucapio, nimis angustum videbatur, cum ita saepissime domini amitterent rerum suarum libertatem, illis forta toto biennio absentibus; sublata per legem Scriboniam servitutum usucapione, receptum fuit, ut servitutes saltem praescribi possent longo tempore decem vel viginti annorum; licet enim servitutes, utpote res incorporales, vera et proprie passideri nequeant, possunt tamen quasi possideri, sicuti et quasi tradi; hinc licet, repugnante earum natura, vere usucapi non possint, possunt tamen longo usu, et quasi possessione acquiri, eique, qui sic longo tempore usus est et quasi possedit, data fuit actio non directa quidem, sed utilis ex aequitate (*L.* 10 *ff. si serv. vind.*), modo non vi, non clam, non precario servitute fuerit usus.

Sunt qui distinguunt inter diversas species servitutum; aliquas nempe vocant continuas, quae consistunt in continuo usu et exercitio, v. g. tigni immittendi etc., alias discontinuas, quarum non continuus usus est, sed tantum per intervalla, ut iter, actus etc. Continuas fatentur praescribi posse longo tempore, quia in his est quasi possessio continua: quod attinet illas, quas vocant discontinuas, dicunt eas praescribi non posse, quoniam quasi possessio in illis non est continua, ad praescriptionem autem et usucapionem requiritur possessio vel quasi possessio continua seu non interrupta. Sed falsum est in illis servitutibus non esse quasi possessionem continuam; etenim ut retineam possessionem alicujus juris, non requiritur ut continuo et indesinenter eodem utar, v. g. in itinere, licet non continuo eam, tamen recte dicor esse in quasi possessione eundi, et in ea manere, quamvis hic et nunc non eam: sufficit enim quod facultas eundi continuo mihi competat, nam notum est, possessionem semel acquisitam solo animo retineri: sic si in possessiona fundi sim ut eam retineam, nemo unquam requisivit ut continuo in eo fundo corporaliter degam: praaterea servitutem itineris, quae juxta ipsos est discontinua, longo tempore praescribi evidanter probatur ex *L.* 5 § 3 *ff. de itin. actuq. priv.*, ubi dicitur quod interdictum de itinera, quod praetor concedit ad reficiendum iter, competat ei qui habet longaa possessionis praerogativam; atqui tamen interdictum, de quo ibi loquitur J. C., tantum competit ei qui servitutem habet (*L.* 3 § 13 *ff. eod.*); fatetur ergo J. C., servitutem itineris longo tempore acquisitam fuisse.

Digitized by Google

Ad servitutem per longi temporis praescriptionem acquirendam non videtur requiri ullus titulus, ne putativus quidem; imo nec bona fides, ut probatur ex *L.* 10 *pr. ff. si serv. vind.*, ubi manifeste dicitur eum, qui diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus est, non debere docere quo jure, id est quo titulo, sed sufficere modo doceat se per plures annos usum, quae lex, cum mentionem etiam non faciat de bona fide, dicendum est nec bonam fidem requiri.

Nec obstat *L.* 24 *cod. de reivind.*, item *L. ult. cod. de usucap pro hered.*, et aliae similes, ubi dicitur quod possidentes sine titulo prohibeantur dominium quaerere quodque usucapio nullo modo procedat; nam illi textus loquuntur de rebus corporalibus, quas certum est usucapi non posse sine titulo: quod autem de rebus corporalibus loquantur, clarum est ex vocibus *possessionis*, *dominii*, *usucapionis*, quae applicari nequeunt servitutibus, non enim dicimur illas *usucapere, possidere, aut dominium illarum habere.*

Objici potest *L. ult. cod. de praescr. longi temp.*, ubi imperator, postquam de acquisitione rerum corporalium per longum tempus fuerat locutus, adjicit *eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti ususfructus et caeterae servitutes*; atqui, aiunt, in usucapione rerum corporalium requiritur justus titulus et bona fides; ergo etc. ℟. Quod imperator in tota illa lege non loquatur de justo titulo et bona fide, unice enim ibi determinat quomodo debeat computari tempus inter absentes, item inter praesentes, et quandonam quis habeatur ut praesens, quandonam ut absens; item dicit non esse distinguendum an dominus sciverit, an vero ignoraverit rem suam ab alio possideri, sed quod utroque casu usucapio currat; quando ergo adjicit *eodem observando* etc. hoc vult, quod eodem modo tempus computandum sit, item quod non sit inquirendum, an dominus sciverit, an ignoraverit alium servitute uti, vel etiam dici potest quod, dum alicui servitus constituitur a non domino, tali casu, ut per longum tempus eam acquirat, requiratur bona fides et justus titulus eodem modo ac in usucapione rerum corporalium; aliud vero sit, dum ipso domino praedium suum possidente, servitute per longum tempus in eo praedio utor, ut tunc nullus titulus nec bona fides requiratur, nec mirum; etenim cum dominus me utentem servitute toto eo tempore non prohibuerit, uti poterat, videtur tacite mihi jus servitutis concessisse, ita ut quodammodo dici possit servitutem ex voluntate domini mihi esse constitutam, etenim verosimile est quod dominus sciverit me uti illa servitute, cum supponam me non clam ivisse.

Sed quare potius requiritur justus titulus et bona fides ad usucapionem rei corporalis, quam ad praescriptionem servitutum? Videtur haec ratio esse, quod in usucapione res quae usucapitur non possideatur a domino, sed ab usucapiente, et sic dominus saepe ignorat, et juste quidem ignorat apud quem sit sua res; imo saepe ignorat rem ab alio possessam esse suam. Hinc leges, ne ita facile quis amitteret dominium rerum suarum, recte requisiverunt justum titulum et bonam fidem: sed dum servitus praescribitur, res in qua praescribitur a domino possidetur, et sic vix est ut dominus ignoret alium servitute uti; palam enim, non clam utitur, ut supponi debet; si itaque dominus non prohibuerit, habet quod sibi imputet, et alter recte videri potest servitutem ex tacita domini voluntate acquisivisse.

An ergo, ut longo usu servitutem praescribam, requiritur ut dominus sciat me uti servitute? Verius est non requiri, ut probatur ex *L. ult. cod. de praescr. long. temp.*, ubi postquam imperator dixerat usucapionem rerum corporalium etiam ignorante domino procedere, immediate subjicit: *eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, veluti ususfructus et caeterae servitutes.*

Ex dictis sequitur, nil aliud ad praescriptionem servitutis requiri, quam ut quis longo tempore, seu decem vel viginti annis in quasi possessione servitutis continua fuerit non vi, non clam, non precario. Dico *continua*; si enim interrupta semel fuerit, v. g. quod dominus eum prohibuerit, non amplius possessio ei prodest, eodem modo ac in usucapione si quis fundum possideat, ejusque possessio interrumpatur, de novo iterum possidere debet toto tempore requisito, ut usucapio dici possit completa.

Ut autem quis servitute longo tempore usus eam praescribat, debet usus fuisse animo exercendae servitutis: si enim nudum factum utendi ponat, licet longo tempore, hoc ad servitutis praescriptionem ei non prodest, debet enim longo tempore quasi possedisse servitutem; jam autem sicuti in rebus corporalibus solus is possidere dicitur, qui detinet animo sibi habendi, ita etiam solus is servitutem quasi possidere dicitur, qui ea utitur tamquam jure ad se pertinente (*L. ult. ff de itin. actuq. priv.*). Hinc dicit J. C. in *L.* 1 § 6 *eod.* quod licet quis frequenter iverit per fundum vicini, si tamen ex necessitate hoc fecerit, puta quia via publica interrupta erat, non competat ei interdictum de quo sub illo titulo agitur, cum non videatur usus; non enim ivit animo servitutis exercendae per fundum vicini: adde *L. ult. ff. quemadm. serv. am.*

Quaeri etiam potest a quo tempore illa quasi possessio acquiratur, et incipiat currere tempus praescriptionis? Et quod attinet servitutes, quae non consistunt in exercitio domini praedii dominantis, sed tantum in non faciendo ex parte domini praedii servientis, videtur dicendum non alias tempus praescriptionis incipere currere, quam ex quo vicinus vicino prohibuit ne faceret; v. g. licet vicinus

meus per viginti et plures annos non extulisset aedes suas ultra certam altitudinem, non ideo dici possum praescripisse servitutem altius non tollendi; sed si prohibuerim ne altius tolleret, et is se non opposuerit, jam dicendum videtur tempus mihi currere, ita ut si is totis decem annis post prohibitionem factam altius non extulerit, nec se opposuerit prohibitioni, servitutem praescripserim. In servitutibus autem, quae consistunt in exercitio domini praedii dominantis, tempus incipit currere ab eo momento, quo quis actum seu exercitium servitutis posuit, cum hac tamen distinctione, ut si agatur de talibus actibus, quos vicinus vicino ex amicitia facile solet permittere, ut v. g. transire per fundum vicini, quasi possessio non acquiratur unico et primo actu, nec a primo actu incipiat currere praescriptio; etenim tunc facile praesumitur quod precario illum actum posuerit; itaque requiruntur tunc plures et frequentiores actus, ut in quasi possessione quis dici possit. Si vero agatur de talibus actibus aut juribus, quae non facile concedi solent ex amicitia, ut est v. g. jus aquam ducendi per fundum vicini, oneris ferendi etc., quasi possessio acquiritur unico actu, et tempus statim incipit currere.

Tandem servitus per praescriptionem etiam acquiritur, si quis tempore immemorabili servitute usus fuerit, quo casu non inquiritur an vi, clam, aut precario fuerit usus (*L.* 3 § 4 *ff. de aq. quot. et aestiv.*).

§. XII.

Servitus alicui fundo quovis modo quaesita aut imposita semper fundum sequitur, transitque fundus cum hac servitute ad quemcumque possessorem: sed an servitus debetur toti praedio dominanti, item an a toto praedio serviente debeatur? Et quod attinet praedium dominans, toti praedio debetur servitus, id est singulae ejus parti: si itaque dominus praedii dominantis partem sui praedii vendiderit, aut decesserit, pluribus relictis heredibus, inter quos praedium dividitur, cuilibet parti illa servitus debebitur, et dominus cujusque partis jus habebit servitute utendi (*L.* 23 § 3, *L.* 25. *ff. de serv. rust. praed.*). Hinc si praedio, quod inter nos commune est, iter debeatur a fundo Titii, et praedium illud inter nos dividatur, ita ut quisque partem pro indiviso habeat, utrique parti iter debetur: si tamen mihi v. g. assignaretur pars contigua fundo Titii, tibi pars remota a fundo Titii, ita ut a tua parte non possis pervenire ad fundum Titii, nisi per meum transeas, hoc casu certe non alias habebis iter per fundum Titii, nisi in mea parte iter habeas, aut saltem nisi permiserim tibi per meam partem transire: alias enim mea pars impediret, quominus iter per fundum Titii utilitatem tibi adferret (*L.* 23 § 3, *L.* 7 § 1 *ff. de serv. praed. rust.*).

Eodem modo servitus alicui praedio imposita a toto praedio debetur, si modo simpliciter sit imposita; nam si pars aliqua in impositione determinata sit a qua debeatur servitus, non est dubium quin sola pars illa, quae determinata est, serviat, et in ea sola servitus possit exerceri, caeterae autem partes sint liberae: quod autem servitute simpliciter constituta totus fundus serviat, patet ex *L.* 21 *ff. de serv. praed. rust.*, et certe non est ratio cur potius unam partem fundi diceremus servire, quam alteram, cum nulla pars determinata sit, et praeterea regula sit quod verba simpliciter et generaliter prolata generaliter sint intelligenda. Caeterum hoc non sic accipiendum est, quasi v. g. is, qui iter habet, hodie per illam partem fundi, cras per alteram posset ire, et sic deinceps; sed quod dominus praedii dominantis possit eligere per quam partem velit servitutem exercere; ubi autem semel elegit, et partem per quam iret determinavit, postea per aliam partem ire non potest, sed statim omnes aliae partes fundi liberae fiunt (*L.* 13 § 1 *ff. de serv. praed. rust.*, *L.* 9 *ff. de serv.*). Debet autem dominus praedii dominantis civiliter eligere, seu determinare partem per quam ire velit, ita ut non sit permittendus v. g. per medias vineas ire, aut per villam vicini (*d. L.* 9 *ff. de serv.*, *L.* 22 *ff. de serv. praed. rust.*), licet enim vicinus simpliciter servitutem concesserit, tamen ejus mens non fuit concedere alteri, ut per ea loca servitutem exerceret, ubi maxime ejus interest non exerceri, precipue in supposito quod dominus praedii dominantis aeque commode per alia loca servitutem exercere possit. Patet ergo ex legibus allegatis, item ex *L. ult. ff. de aqu. quot. et aest.*, servitute simpliciter concessa, dominum praedii dominantis eligere seu determinare posse partem per quam servitutem exerceat, etenim cum omnes partes, antequam una determinata sit, serviant, jus suum quod habet per totum fundum, in quacumque parte exercere ei liberum esse debet. Huic tamen videtur obstaro *L.* 26 *ff. de serv. praed. rust.*, in qua proponitur servitutem legatam esse: dicitque J.C. facultatem esse, non legatario seu domino praedii dominantis, sed heredi constituere servitutem per quam partem fundi velit, seu dicit quod dominus praedii servientis partem determinare possit. Sed ad hanc legem respondetur, agi ibidem de casu, ubi servitus erat legata per damnationem, seu de casu, ubi servitus necdum erat constituta, sed tantum debita; notum enim est jure veteri per legatum damnationis, dominium aut aliud jus reale non transferri in legatarium ipso jure, sed tantum mediante traditione, ita ut legatario tantum competeret actio personalis ex testamento ad legatum consequendum: quod autem de tali legato loquatur J. C. patet ex ejus verbis; ait enim, *heredi facultatem esse per quam partem fundi velit constituere servitutem*; nondum ergo constituta seu impo-

Digitized by Google

sita erat; nos autem agimus de casu, ubi jam erat constituta seu imposita, sed simpliciter sine determinatione partis. Quod autem servitute nondum constituta, sed tantum debita, debitor possit eligere per quam partem velit eam constituere non mirum, siquidem regula sit debitori generico, cui quodammodo hic debitor servitutis similis est, competere electionem, nisi nominatim creditor eam sibi reservaverit.

§. XIII.

Tandem notandum, eum qui alteri servitutem concedit, censeri etiam concedere omnia adminicula, sine quibus servitus exerceri nequit; qui enim vult finem, etiam vult media sine quibus finis obtineri nequit: exempla sunt in *L.* 10 *ff. de serv.*, *L.* 20 § 5 *ff. de serv. praed. urb.*, *L.* 3 § 3 *ff. de serv. praed. rust.*, *L.* 11 *ff. h. t.*

TITULUS V.

SI SERVITUS VINDICETUR, VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR.

§. I.

Ei, cujus fundo servitus est acquisita, actio datur, quae vocatur *confessoria*, estque actio realis, utpote ex jure reali seu jure servitutis orta, hacque actione servitutem suam vindicat contra quemcumque, qui eum impedire vult, quominus servitute utatur. Datur autem haec actio soli praedii dominantis domino; qui enim hac actione agit, dicit servitutem suam esse; hoc autem solus praedii dominantis dominus dicere potest (*L* 2 § 1 *ff. h. t.*): debet autem, ut hac actione quis agere possit, servitus esse jam constituta, nam si promissa vel vendita tantum sit, quasi traditio autem nondum intervenerit, cum hue usque jus reale translatum non sit, etiam haec actio, quae ex jure reali oritur, non datur, sed actione personali ex stipulatu, vel ex empto contra solum promissorem aut venditorem, ejusve heredes agi potest, ut imponatur: aliud esset si legata esset servitus, statim enim ab adita hereditate legatarius actione confessoria agere posset contra quemcumque eum prohibere volentem, cum tunc ipso jure in eum translatum sit jus reale.

§ II.

Ex eo quod solus praedii dominantis dominus possit vindicare servitutes fundo debitas, sequitur, eum, qui usumfructum fundi habet, servitutes fundo debitas vindicare non posse (*L.* 1 *pr.*, *L.* 5 § 1 *ff. si ususf. pet.*); etenim qui servitutem vindicat, eam dicit suam esse; fructuarius autem pro nulla parte potest dicere fundum suum esse, adeoque nec servitutem fundo acquisitam suam esse dicere potest.

Nec obstat quod fructuarius habeat interdictum, de quo sub *tit ff. de itin. actuq. priv.*, si itinere fundo fructuarii competente usus sit; nam ut quis hoc interdictum habeat (de quo nempe in prima parte tituli), non requiritur ut servitutem habeat, seu in dando hoc interdicto non inquiritur de jure servitutis, ut ait J. C. in *L.* 1 § *ult. ff. h. t.*, sed tantum inquiritur an hoc anno servitute usus sit; jam autem fructuarius ea usus est, ut supponitur; non mirum ergo, si hoc interdictum ei detur *L.* 1 *pr. et* § 2 *ff. de itin. actuq. priv.*, sed ut quis confessoria agere possit, docere debet servitutem suam esse, quod fructuarius facere nequit.

Quid ergo faciet fructuarius, si vicinus prohibeat eum uti servitute fundo fructuario debita? Vindicabit usumfructum, seu aget actione confessoria, quatenus nempe qui usumfructum habet, jus habet re utendi fruendi cum omnibus suis juribus et qualitatibus, et sic vicinus impediendo eum na servitute fundo debita utatur, recte dici potest impedire ejus usumfructum: praeterea, quamvis fructuarius non possit vindicare servitutes fundo debitas proprio suo nomine, poterit tamen eas vindicare nomine procuratorio, seu nomine domini fundi, quatenus nimirum fructuarius censeatur habere mandatum tacitum ac generale a domino ad tuendam rem fructuariam, ejusque jura conservanda, sicque censentur etiam ei mandata adminicula, quibus ista jura conservantur et custodiuntur, inter quae est vindicatio servitutum rei competentium.

Contra id quod diximus, fructuarium non posse vindicare servitutes fundo fructuario debitas, obstare videtur *L. un.* § *4 ff. de remiss.*, ubi ita loquitur Ulpianus: *item Juliano placet fructuario vindicandarum servitutum jus esse.* Sed ad hanc legem optima videtur solutio Gerardi Noodt, qui dicit quod ibi tantum decidatur fructuarium posse vindicare servitutes procuratorio nomine, sicque illa lex intellecta nullo modo obstat legibus ante citatis, ubi deciditur eum non posse vindicare, scilicet proprio nomine: quod autem illa lex tantum velit posse fructuarium vindicare servitutes procuratorio nomine, patet ex eo, quod Ulpianus ex il-

Digitized by Google

la sententia Juliani statim inferat: *secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino*; jam autem fructuarius novum opus non potest nuntiare nomine proprio, sed tantum procuratorio nomine, ut idem Ulpianus docet in *L.* 1 § *ult. ff. de op. nov. nuntiat.* Itaque quod Ulpianus ex Juliano dixerat *posse fructuarium servitutes vindicare*, ita intelligi debet, ut possit procuratorio nomine vindicare.

Sed quid interest utrum dicamus eum posse nomine proprio vindicare, an nomine procuratorio tantum? Quod dum nomine procuratorio agit, petenti adversario eavere debeat dominum rem ratam habiturum: praeterea si constet dominum noluisse, ut servitutes ejus nomine vindicet, eas etiam vindicare non poterit. Aliud esset, si proprio nomine vindicare posset; tunc enim non deberet cavere de rato, et etiam invito domino vindicare eas posset.

§ III.

Datur autem haec actio confessoria non tantum contra dominum praedii servientis, sed contra omnes illos, qui nos impediunt quominus servitute utamur; imo etiam contra illos, qui nos impediunt in ponendis adminiculis ad servitutem exercendam necessariis, ut si quis nos impediat quominus iter adaptemus, aquaeductum reficiamus etc. (*L.* 4 § 5, *L.* 10 § 1 *ff. h. t.*): idque ad exemplum caeterarum actionum realium, quae non tantum dantur contra illum qui vere possidet rem in qua jus reale habemus, sed etiam contra eos qui habent rei restituendae facultatem, ut de reivindicatione deciditur in *L.* 9 *ff. de reivind.*

§ IV.

Effectus actionis confessoriae est ut, si actor probaverit servitutem fundo suo esse constitutam, judex declaret eam competere fundo actoris, et adversarium condemnet ut abstineat ab impediendo actore, utque cautionem ponat nec se, nec successores suos impedituros (*L.* 12, *L.* 7 *ff. h. t.*): in hanc actionem etiam veniunt fructus, si actor ob id quod prohibitus fuit servitute uti, minus fructuum perceperit, v. g., propterea quod servitute aquaeductus uti prohiberetur, ex siccitate effectum sit, ut minus fructuum perceperit, quam alias percepisset, in hos enim fructus et interesse reus condemnabitur (*L.* 4 § 2, *L.* 18 *ff. h. t.*).

Haec autem actio est arbitraria, prout sunt omnes in rem actiones; in actionibus vero arbitrariis, dum reus non paret arbitrio judicis, succedit secunda condemnatio, per quam judex condemnat eum in id quod sibi aequum videtur (§ 31 *inst. de act.*); et quidem, si actione confessoria conventus et condemnatus reus non pareat, permittitur actori jurare in litem quanti sua interest pro affectione sua, et in eam aestimationem condemnabitur reus (*L.* 7 *ff. h. t.*).

§ V.

Quid si fundus dominans inter plures dominos sit communis? Quisque in solidum agere potest actione confessoria; actio enim haec, utpote pro objecto habens rem individuam, individua est, adeoque cuique in solidum competit: si vero ad aestimationem deveniendum sit, propterea quod reus jussui judicis non pareat, is qui agit non solidam aestimationem consequetur, sed tantum pro parte ex qua ejus interest (*L.* 4 § 3 *ff. h. t.*). Haec autem sententia, qua, uno tantum ex sociis agente, servitus declarata fuit fundo competere, etiam aliis, qui non egerunt, proderit; non enim uni prodesse potest, nisi omnibus prosit: itaque, quamvis regula sit *rem inter alios judicatam*, *aliis non nocere nec prodesse*, hic tamen per necessariam consequentiam, et quodammodo per accidens aliis etiam proderit propter individuitatem servitutum.

Nec facit quod per unum socium non possit servitus acquiri fundo communi; etenim hic non acquiritur servitus per illam sententiam, sed tantum declaratur eam esse acquisitam, quae duo longo differunt: quod si fundus serviens ad plures spectet, etiam contra singulos in solidum haec actio datur (*L.* 4 § 4 *ff. h. t.*).

§ VI.

Notandum etiam, hanc actionem dari quoque ei qui possidet servitutem (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*, § 2 *inst. de act*), quod non obtinet in rebus corporalibus; ei enim qui rem corporalem possidet, non datur actio pro ea re, nam caeterae actiones reales tantum dantur non possidenti contra possidentem. Disparitas est, quod in rebus corporalibus, dum eas possidemus, nil sit de quo possimus conqueri; sufficit enim nobis quod possideamus rem nostram (*L.* 1 § 6 *ff. uti possid.*): quod si alius nos impediat libere iis uti, paratam habemus actionem negatoriam, qua contendimus eam rem liberam esse. Aliud est in servitutibus, non enim securi sumus, licet eas possideamus; nam tota nostra possessio consistit in usu, qui facile impediri potest a vicino, et dum impedimur non habemus aliam actionem, sicut dum impedimur in usu rei corporalis, unde aequum fuit ut, si impediremur servitute uti, actio aliqua nempe confessoria nobis daretur.

§ VII.

Actio negatoria est actio realis, qua agimus contra eum, qui servitutem in nostro praedio praetendit: per eam autem petimus declarari praedium nostrum nullam servitutem debere ei, contra quem agimus: et qui hac actione agit non debet probare suum praedium liberum esse, quamvis regula-

Digitized by Google

riter actori probatio incumbat;sed hic adversarii est probare praedium nostrum ei servire, alias condemnabitur ; quaeque enim res praesumitur libera, nisi contrarium ostendatur. Caeterum ad videndum an actio quam quis iotentat sit confessoria, an negatoria, non tam respiciendum ad verba quibus intentatur, quam finem et scopum ad quom tendit; nam si sic agam contra vicinum, *ajo tibi jus non esse altius tollendi*, potest esse tam actio confessoria, quam negatoria, quamvis verbis negantibus concipiatur; si eoim vicinus meus altius tollero velit, egoque praetendam boc ei non licere, quia servitutem mihi debet ne altius tollat, erit actio confessoria, quia nempe vindico servitutem: contra si vicinus meus ultra altitudinem statuto civitatis praefixam tollere aedes suas velit, erit actio negatoria, tunc enim nego meas aedes debere ejus aedibus servitutem altius tolleudi : eodem modo, si agam sic, *aio mihi jus esse altius tollendi*, verba haec importare possuot tam negatoriam, quam confessoriam.

§ VIII.

Effectus actionis negatoriae est, ut judex declaret fundum meum nou debere servitutem ei, contra quem ago, et io consequentiam eum condemnet. ut abstiueat ab impedienda mea libertate, unaque in id, quod mea iuterest non fuisse impeditam (*L.* 4 § 2 *ff. h. t.*); cui sententiae si non pareat vicinus, coudemnabitur in id quod aetor in litem juraverit (*L.* 7 *ff. h. t.*).

§ IX.

Quaeri potest, quare sicuti pro servitutibus competit actio negatoria, ita etiam similiter non competat pro rebus corporalibus? Ratio est, quod per actionem negatoriam nil aliud intendamus, quam rem adversarii non esse; jam autem talis actio omnino foret ioutilis pro re curporali; ponamus enim quod probarem rem, quam nego alterius esse, revera non esse ipsius; ex eo sane non sequeretur eam esse meam; sic etiam judex non posset reum condemnare, ut eam mibi restitueret; jam autem leges non dant actiones inutiliter; debeo ergo, dum de ro corporali ago, docere eam esse meam, vel jus reale mihi in ea competere, quemquo enim de suo jure, non de alieno agero oportet; et tamen do alieno jure unice agerem, si actionem negatoriam pro re corporali inteotarem. Aliud est in servitutibus; etenim statim ac assero fundum meum non debero servitutem ei, contra quem ago actiono negatoria, assero etiam fuodum meum liberum esse, unum enim ex alio sequitur; sic vere ago non de jure alieno, sed do jure proprio (*L.* 5 *pr. ff. si ususf. pet*). Tandem notandum actionem confessoriam et negatoriam non tantum competere ei, qui contendit se habere servitutem praedialem, sed etiam ei, qui asserit se habere servitutem personalem, usumfructum v. g., aut qui negat fundum suum alteri personalem servitutem debere, ut constat ex *tit. ff. si ususf. petat.*

TITULUS VI.

QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTANTUR.

§ I. Amittitur servitus per remissionem tacitam vel expressam
§ II. Exponitur *L.* 8 *pr. ff. h. t.*
§ III. Amittitur servitus interitu alterutrius praedii.
§ IV. Item per confusionem.
§ V. Quotiescumque servitus per aditionem hereditatis confusa est, ea a legatario reimponenda est.
§ VI. Exponitur *L.* 31 *ff. de serv. praed. rust.*
§ VII. Amittitur etiam servitus nou utendo.
§ VIII. An necesse sit, ut quis tota servitute utatur, ut eam retineat.
§ IX. Item an ut ipsemet dominus praedii dominantis utatur.
§ X. Quo tempore non utendo amittantur servitutes.
§ XI. Differentia inter servitutes urbanas et rusticas quoad amissionem per non usum.
§ XII. Tandem finitur servitus resoluto jure concedentis.

§ I.

Amittitur primo servitus, si dominus praedii dominantis eam remiserit, quae tamen remissio nuda non sufficit. sed eam sequi debet aliqua quasi traditio ; sicuti enim sola voluntate non coostituitur, nec amittimus libertatem praedii nostri, sed ulterius requiritur quasi traditio, ita etiam sola voluntato non amittimus servitutem, nec praedii libertas recuperatur, nisi adsit quasi traditio; aderit antem, si v. g. dominus praedii servientis in consequentiam remissionis sibi factae ponat io suo factom aliquod servituti contrarium, patiente vicino, vel etiam si probibeat vicinum, no amplius servitute ntatur. Potest autem servitus remitti vel expresse, vel tacite: tacita remissio est, quae ex aliquo facto colligitur, modo tale sit factum ox quo evidenter sequatur remissio; est enim remissio strictae interpretationis, et nunquam admittenda, nisi de ea clare constet, eum remittere sit perdere.

§ II.

Exemplum tacitae remissionis est in *L.* 8 *pr. ff. h. t.*, ubi supponitur quod haberem servitutem stillicidii immittendi in aroam tuam, quodque tibi concesserim ut in ea area aedificare posses. Dicit J. C. quod eo ipso remiserim servitutem stillicidii : ratio est quod, nisi dicamus per hanc concessionem remissam esse servitutem stillicidii, ea concessio sit futura inutilis, nam viciousmeus non debebat mihi servitutem non aedificandi in sua area, nec eum aedificantem probibere poteram, nisi per hoc noceretur servituti stillicidii. Cum ergo omnis actus ita sit interpretandus, nt valeat et aliquid significet,

dicendum quod concedendo ei jus aedificandi in area, remiserim servitutem stillicidii.

Huic decisioni objici potest *L.* 21 *ff. de serv. praed urb.*, ubi etiam concesseram tibi in ea area, quae stillicidium meum recipiebat, aedificare: et tamen decidit J. C. non censeri me remisisse servitutem stillicidii. Sed disparitas est, quod in casu *L.* 21 deberes mihi utramque servitutem, et altius non tollendi, et stillicidii mei recipiendi; sic concessio altius aedificandi erit tibi utilis, licet non contineat remissionem servitutis stillicidii, cum remissio sit strictae interpretationis, et dum constat aliquem voluisse remittere, semper dicendum est quam minimum remittere voluisse. Imo in casu *L.* 21 si non possis altius aedificare, nisi stillicidio meo officias, adhuc deciditur non esse remissam servitutem stillicidii per hoc quod concesserim tibi aedificare altius, ita quidem ut, tali casu, altius tollere non possis, non obstante mea concessione; nam concessio mea erat tibi utilis ad hoc, ut tantum unam servitutem deberes, ubi antea duas debebas, et quamvis hic et nunc nullam utilitatem ex ea remissione sentias, tamen eo sensu erit tibi utilis, ut si postea praedium tuum desinat debere mihi servitutem stillicidii, jam in eo aedificare possis, quod non posses facere si servitus altius non tollendi tibi remissa non esset.

Notandum etiam quod sicuti servitus pro parte acquiri non potest, ita nec pro parte possit remitti: sic si duo sint praedii dominantis domini, licet unus servitutem remittat, tamen in totum retinetur (*L.* 34 *pr. ff. de serv. praed. urb.*); tandem circa hunc modum amittendi servitutem etiam notandum, non esse remissam servitutem, ideo quod vicinus praecario concedat domino praedii servientis aliquid facere servituti contrarium, ut est exemplum in *L.* 17 *ff. comm. praed.*

Amittitur servitus interitu vel praedii dominantis, vel servientis; ad omnem enim servitutem duo praedia requiruntur, sicque naturale est ut, uno sublato, extinguatur servitus: praeterea servitutes sont qualitates praediorum, quae proinde sine objecto nequeunt subsistere: hoc tamen ita accipe, si talis sit interitus, ut nihil remaneat cui servitus inhaerere possit; v. g. si aedificium, cui debebatur servitus stillicidii immittendi, pereat, areae enim stillicidium deberi non potest; aliud esset, si aedificium quod debet servitutem stillicidii immittendi periret, area enim quae remanet etiam habilis est, imo habilior quam aedificium, ut stillicidium recipiat. Collapso itaque aedificio, cui servitus stillicidii vel similis debebatur, servitus extincta est. Sed an reviviscet si novum aedificium reponatur? Negative; servitus enim semel extincta sine nova causa non reviviscit, sed in perpetuum manet extincta; non alias ergo novo huic aedificio servitus debebitur, quam si nova causa accedat, id est si de novo imponatur praedio vicino: et profecto non potest dici haec nova domus esse eadem, quae ante fuit: est enim omnino ab ea diversa, et specie distincta; jam autem servitus acquisita erat priori domoi, quae non amplius existit. Contrarium tamen videtur decidi in *L.* 20 § 2 *ff. de serv. praed. urb.*, ubi dicitur quod si domus, cui servitus stillicidii debetur, sublata sit, ut in eadem specie et qualitate reponatur, aedificium eodem loco positum intelligatur idem cum priore, adeoque quod servitus stillicidii novo etiam aedificio debeatur: sed dicendum quod in illo casu, ubi dominus deponit aedificium eo animo ut novum reponat, receptum sit ex aequitate ut idem aedificium intelligatur, utque servitus ei debeatur; idque manifeste indicat J. C. dum dicit *utilitas*, seu aequitas, *exigit ut idem intelligatur*; alias enim juxta stricta juris principia non debetur servitus huic novo aedificio, ut ibidem fatetur, ait enim quod *stricte loquendo* non sit idem aedificium, sed aliud; jam autem ea, quae contra juris rationem ex aequitate recepta sunt, non sunt extendenda ad alios casus, praecipue ubi eadem ratio non militat; ergo hoc non est extendendum ad casum, ubi aedificium dominans sponte collapsum est vel combustum. Et certe est quaedam ratio disparitatis; dum enim dominus eo animo deponit aedificium ut novum faciat, est quodammodo interitus tantum conditionatus, non absolutus; et dein conqueri non potest vicinus, propterea quod novo aedificio servitutem debeat; quid enim si dominus praedii dominantis per partes aedes suas refecisset, certe eam retinuisset. Caeterum non videtur etiam extingui servitus, si dominus praedii servientis aedes suas deposuerit, cum sic ab eo dependeret se liberare a servitute; novae itaque aedes eandem servitutem debebunt.

§ IV.

Amittitur servitus per confusionem, seu si dominus praedii dominantis fiat etiam dominus praedii servientis vel viceversa, ex ea nempe ratione, quod nemo servitutem in re propria possit habere, dominium enim utpote jus potentius absorbet jus servitutis; itaque si v. g. acquisivero praedium, quod meo praedio iter debebat, servitus est extincta; potero quidem ire per fundum acquisitum sicut ante; sed jam non amplius ibo jure servitutis, sed jure dominii.

Objici potest quod sicut nemo potest habere servitutem in re propria, ita etiam nemo possit rem propriam habere pignori obligatam; atqui tamen si creditor fiat dominus rei sibi pignori vel hypothecae datae, aliquando retinet jus pignoris; ergo etc. Sed ad hoc respondetur quod in illis casibus, in quibus creditor retinet jus pignoris vel hypothecae, licet ejus sit factus dominus, jus hypothecae sit fortius et potentius jure dominii, quo caso maxime ejus interest, ut hypothecam retineat; nec tunc

Digitized by Google

jus hypothecae, utpote fortius jure dominii, ab eo absorberi debet: v. g. fundus mihi primo, dein Titio hypothecae datus fuit; ejusdem fundi dominus fio; si hypotheca mea extincta foret, Titius, qui tunc primo loco hypothecam in illo fundo haberet, a me istum fundum actione hypothecaria avocare posset; etenim fundus ad me transiit cum onere hypothecae Titio constitutae; ubi si hypothecam retineam, Titius a me fundum avocare non poterit, eum hypotheca mea sit prior; et sic cum jus hypothecae fortius sit quam dominium, a dominio non absorbetur, et certe maxime mea interest hypothecam retinere, ut ex dictis patet, sed jus dominii fortius semper est jure servitutis; sic non est ratio, cur servitutem retineam, postquam dominus praedii servientis sum factus.

Ex dictis sequitur, quod si v. g. emerim praedium quod meo servit, et postea illud iterum vendidero, predium illud transeat liberum ad emptorem, nisi in venditione nominatim iterum servitus fuerit imposita (*L.* 30 *pr. ff. de serv. praed. urb.*); statim enim ac praedium emi, idque mihi traditum fuit, servitus per confusionem fuit extincta; semel autem extincta non reviviscit, nisi nova causa seu impositio accedat.

Casus, ubi servitus per confusionem extinguitur etiam est, si v. g is, cujus fundus meo serviebat, me heredem instituerit eumque fundum Titio legaverit sub conditione; adeundo enim hereditatem, adquiro dominium illius fundi meo servientis, cum dominium in legatarium non transeat, nisi post existentem conditionem; adeoque, eum jam dominus sim utriusque praedii, extinguitur servitus. Idem erat jure veteri, si in specie posita fundus a me herede pure legatus esset per damnationem; adeundo enim hereditatem dominus fiebam illius fundi, eum in legato per damnationem dominium non transiret in legatarium ante traditionem ab herede factam. Caeterum de jure novo si dominus praedii servientis me heredem instituerit, praediumque illud pure legaverit, servitus numquam confundetur, eum hodie in quocumque legato pure relicto dominium statim ab adita hereditate transeat in legatarium, ita ut apud heredem nunquam fuerit (*L.* 80 *ff. de leg.* 2); et sic eum dominium fundi servientis nonquam habuerim, non potest diei servitus confusione extineta.

§ V.

Caeterum quotiescumque servitus per aditionem hereditatis est confusa (quod contingebat jure veteri in specie posita, dum fundus per damnationem legatus erat, jure novo autem non contingit nisi sub conditione legatus sit), ea a legatario reimponenda est (*L.* 18 *ff. de serv.*), ita ut si petat suum legatum, nec pati velit ut servitus reimponatur, possit repelli per exceptionem doli mali, ut traditur in *L.* 70 § 1, *et L.* 116 § 4 *ff. de leg.* 1. Ratio est, quod testator voluerit, ut res legata apud legatarium esset eodem jure, quo apud se erat; jam autem fundus ille erat serviens apud testatorem, ergo ex voluntate testatoris etiam apud legatarium serviens esse debet, sicque si legatarius se opponat, recte exceptione doli repelletur, utpote voluntati testatoris contraveniens.

Obj. *L.* 76 § 2 *ff. de leg.* 2, ubi supponitur quod is, in cujus fundo usumfructum habebam, me heredem instituerit, eumque fundum legaverit Titio sub conditione; sic adeundo hereditatem, ususfructus per consolidationem erat extinctus. Dieit J. C. quod debeatur Titio plena proprietas, ita ut non possit ab ea detrahi ususfructus; ergo etiam videtur dicendum quod in casu nostro legatarius non debeat pati, ut servitus reimponatur. Sed disparitas est, quod ususfructus omne emolumentum rei contineat, sicque si is a fundo detraheretur, legatarius nullum emolumentum ex suo legato sentiret, quod tamen testator voluit; haecque ratio in tantum valet, ut, etiamsi apud alterum esset ususfructus fundi legati, heres cogendus esset cum redimere et legatario praestare (*L.* 66 § 6 *ff. de leg.* 2.); multo minus itaque heres in suum favorem usumfructum per aditionem extinctum a fundo legato potest detrahere. Aliud est in servitutibus praedialibus, hae enim non auferunt totum emolumentum rei, et sic non est ratio dicendi quod heres debeat praestare fundum legatario liberum, si apud testatorem fuerit serviens.

§ VI.

Sunt casus, in quibus prima facie servitus per confusionem extincta videri potest, et tamen extincta non est: sic v. g. si tres sint fundi contigui, quorum inferior ad me pertinet, et ad eum aquaeductum habeam vel viam ex superiore fundo per medium fundum, licet dominus fiam superioris fundi, non tamen aquaeductus vel via per confusionem extinguetur (*L.* 31 *de serv. praed. rust.*); ratio est quod dum servitutem habeo aquaeductus, itineris etc. per plures fundos, tantum sit una servitus, licet a pluribus fundis debeatur (*L.* 18 *ff. de serv. praed. rust.*), quae servitus proinde pro parte amitti, pro parte retineri nequit, cum individua sit, sed vel tota amitti, vel tota retineri debet; in casu autem posito, licet dominus fiam unius praedii per quod aquam ducebam, non tamen sum dominus praedii medii; sic propter praedium medium retineo servitutem, adeoque in totum eam retineo. Quotiescumque igitur servitus per plurium praedia mihi debetur, non alias per confusionem eam amitto, nisi omnium praediorum simul dominus fiam (*d. L.* 31 *ff. de serv. praed. rust.*, *L.* 15 *ff. h. t.*).

Quid si habeam servitutem in tuo fundo, et par-

Digitized by Google

tem tui fundi pro indiviso acquiram? Retinetur servitus in totum; placuit enim ut servitus, quamvis ab initio ratione partis pro indiviso necacquiri nec imponi possit, pro parte tamen possit retineri, non hoc sensu ut pars servitutis tantum retineatur; hoc enim est impossibile, sed ut, quamvis quis pro parte dominus fiat fundi servientis, tamen ratione alterius partis, cujus dominus non est, totam servitutem retineat, etenim cum tantum fiat dominus praedii servientis pro parte, nec servitus pro parte possit amitti, cum sit individua, eam in totum amittere debet, vel totam retinere; non est autem ratio cur eam in totum amittat, cum non sit factus dominus praedii servientis in solidum, sed pro parte tantum; sequitur ergo ut totam retineat; idem est, si dominus praedii servientis partem praedii dominantis pro indiviso acquirat, nam etiam hoc casu in totum retinetur servitus (*L.* 8 § 1 *ff. de serv.*, *L.* 4 et 30 *ff. de serv. praed. urb.*).

§ VII.

Amittitur servitus non usu decem vel viginti annorum: imprimis itaque, si omnino servitute usus non fuerit dominus praedii dominantis, aut alius toto eo tempore, servitus est amissa: quid si usus quidem fuerit, sed non juxta modum in constitutione servitutis praescriptum? Etiam servitutem amittit: sic si quis habeat servitutem ut de nocte aquam ducere possit, et longo tempore semper aquam de die duxerit? Nocturnam servitutem amisit (*L.* 10 § 1, *L.* 18 *pr. ff. h. t.*), quamvis tamen is mediante praescriptione servitutem acquirat eam ducendi de die. Aliud est ed eo, qui plus fecit quam jure servitutis facere poterat; hic enim recte servitute usus fuisse dici potest, adeoque eam retinet (*L.* 11 *pr. ff. h. t.*): usus etiam non videtur servitute, qui posuit quidem factum, quod ei jure servitutis licebat ponere, sed tamen non jure servitutis posuit, ideoque et is non utendo servitutem amittit, ut v. g. si quis via quam habebat usus sit, tanquam via publica, seu putans viam qua utebatur esse publicam (*L. ult. ff. h t.*). Ad videndum autem an quis usus sit, non tam respici debet ad factum, quam ad animum quo factum posuit.

§ VIII.

An necesse est ut quis tota servitute utatur, ut eam retineat? Negative; sed sufficit modo parte juris, quod ei vi servitutis competebat, sit usus; hinc si viam habeam per plurium praedia, licet per unum tantum iverim longo tempore, retinebo servitutem in omnibus (*L.* 18 *ff. de serv. praed. rust.*); est enim una tantum servitus, quae proinde vel in totum amitti debet, vel in totum retineri; ergo in totum retinebitur; is enim, qui parte juris sui usus est, eo toto usus videtur: hinc etiam si is, qui viam habebat, per longum tempus tantum iverit, non egerit jumentum, vel vehiculum duxerit, viam retinet, si modo sciverit se habere viam; tunc enim ivit vi juris ex servitute viae sibi competentis; aliud est, si putaverit se tantum iter habere, viam enim tunc amittit, cum ea usus diei non possit qui nesciebat se eam habere (argumento *L.* 20 *ff. quib. mod. ususf. am.*): caeterum hoc casu quamvis viam amiserit, per longum tempus eundo acquisiverit servitutem itineris per praescriptionem.

§ IX.

Ut quis servitutem retineat, non requiritur ut ipse dominus praedii dominantis ea utatur: hinc per fructuarium, hospites, colonos, bonae vel malae fidei possessores servitus fundo debita retinetur (*L.* 5, *L.* 20 *et seqq. ff. h. t.*): uno verbo sufficit quiscumque ea utatur, modo nomine praedii dominantis utatur, dico *nomine praedii*, praedio enim debetur servitus, non personae domini; unde aliud est in servitutibus personalibus, v. g. in usufructu; ut enim quis usumfructum retineat, debet ipse vel alius ejus nomine usus fuisse, cum personae debeatur haec servitus: hinc etiam sequitur, quod si quis servitute debita fundo Tusculano semper usus fuerit, tamquam debita fundo Semproniano, servitus amissa sit, non enim nomine praedii cui debebatur servitus, sed alterius usus est: caeterum hoc casu illi alteri praedio cujus nomine est usus, per praescriptionem servitus erit acquisita.

§ X.

Tempus, quo servitus non utendo amittitur, erat olim biennii tam inter absentes, quam praesentes; Justinianus autem illud auxit, ut nempe sit decem annorum inter praesentes et viginti inter absentes; hic autem distinguendum est inter servitutes continuas et discontinuas. Per *continuas* hic intelligimus eas quae quotidianae sunt, seu quibus uti possumus singulis diebus, v. g. si simpliciter mihi concessa sit servitus aquaeductus, vel alia; vel ita, ut alternis horis ea uti possim, et talis servitus inter praesentes decem annis, inter absentes viginti amittitur. Aliud est de discontinuis; v. g. si servitutem habeam, ut alternis mensibus aquam ducere possim; hic enim duplicandum est tempus (*L.* 7 *ff. h. t.*), et non amittitur haec servitus nisi viginti annis inter praesentes; verius autem videtur non duplicari tempus inter absentes, ita ut servitus discontinua tam inter praesentes, quam absentes viginti annorum non usu amittatur; nullibi enim statutum reperitur tempus inter absentes duplicandum esse pro discontinuis servitutibus; et praterea imp. *in L. penult.*, *et L. ult. pr. cod. de serv et aqua*, ubi tempus quo amittitur servitus prorogat, non

extendit id ulterius quam usque ad viginti annos.

Quid si servitus sit ita constituta, ut alternis diebus ea uti liceat, an illa continua est, vel discontinua? Plerique volunt eam continuam esse, atque adeo amitti decem annis inter praesentes: nituntur autem hoc argumento, quod is qui alternis diebus utitur, quotidie uti videatur; nempe dicunt quod is, qui aliquo momento diei utitur, toto illo die videatur uti, adeoque etiam ultimo instanti illius diei; jam autem ultimum instans unius diei est initium seu primum instans diei sequentis, et sic die sequenti etiam uti videtur; ergo etc. Sed haec nimiam videntur redolere subtilitatem, et praeterea recte tunc ulterius ex eo inferrem; ergo eum videatur uti die sequenti, videtur etiam uti toto illo die, et sic iterum ultimo instanti ejus diei, quod instans est initium diei tertii, sicque tandem efficiam ut toto anno usus fuisse videatur; imo et anno sequenti et sic deinceps, quod absurdum est; verius ergo videtur talem servitutem esse discontinuam, adeoque duplicato tempore amitti.

Obstat tamen omnino *L.* 7 *ff. h. t.*, ubi sic dicitur: ***si vero alternis diebus aut die toto, aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur:*** videtur ergo J. C. decidere eam amitti non duplicato tempore, sed ordinario; nam illam opponit servituti ut alternis annis vel mensibus ea utar, de qua dixerat eam duplicato constituto tempore amitti; sicque decidere videtur servitutem ut alternis diebus utar esse continuam seu quotidianam. Sed ad hanc legem videtur posse responderi, quod ibi non simpliciter agatur de servitute ita constituta, ut alternis diebus ea uti possim, sed ut ita ea uti possim alternis diebus, ut alternative hodie de die, cras de nocte, et ita consequenter utar, tuncque verum est dicere eam quotidianam esse, nempe tunc quotidie ea uti potero; v. g. si hodie de die usus fuerim, cras de nocte utar, quae nox facit partem diei sequentis, et sic consequenter, adeoque quotidie.

§ XI.

Quod dictum est *servitutes non utendo amitti*, de servitutibus rusticis verum est, illae enim solo non usu amittuntur; consistunt nempe magis in facto domini praedii dominantis, quam in patientia servientis: sic, si illud factum longo tempore sit omissum, servitus per hoc solum amittitur. Aliud est in urbanis servitutibus; hae enim consistunt magis in certa aedificiorum dispositione et adaptatione, sicque quamdiu haec adaptatio in praedio serviente subsistit, dominus praedii dominantis, licet nullum factum ponat, servitutem retinet, quodammodo enim ea uti adhuc videtur; hinc si habeam servitutem tigni immittendi, licet per decem annos nullum tignum immiserim, si tamen foramen in quo olim immisi, maneat apertum, servitutem retineo, nec alias amitto nisi longo tempore foramen illud fuerit obturatum: sic etiam, si servitutem altius non tollendi vicinus mihi debeat, non alias eam amittam, quam si per longum tempus aedes suas altius sublatas habuerit. Caeterum inter servitutes urbanas aliquae etiam sunt, quae non consistunt in certa adaptatione praedii servientis, sed tantum in patientia domini praedii servientis; illae autem solo etiam non usu domini praedii dominantis amitti videntur: sic v. g. si habeam servitutem, vi cujus aedes meas altius tollere possum, et per decem annos altius non extulerim, servitutem amittam, non obstante *L.* 6 *de serv. praed. urb.*; licet enim illa lex dicat servitutes urbanorum praediorum solo non usu non amitti, de illis tamen servitutibus tantum loqui videtur, quae consistunt in certa adaptatione praedii servientis, ideo autem generaliter loquitur, quia pleraeque servitutes urbanae tales sunt.

Notandum etiam quod ut servitus per non usum decem vel viginti annorum amittatur, requiratur ut eadem constituta sit; nam si promissa tantum sit vel vendita, quasi traditio autem non intercesserit, tunc cum nullum jus reale adhuc habeam, sed personale tantum, et juribus personalibus non praescribatur nisi triginta annorum spatio, triginta annos habeo, ut contra te agam ut mihi servitutem constituas. Hinc si v. g. partem fundi mei pro diviso tibi vendidero, et in venditione convenerit, ut mihi liceret aquam ducere per partem venditam ad eam quam retineo, licet per decem annos rivum non fecerim ad aquam ducendam, jus meum non amitto, sed triginta anni requiruntur: aliud esset, si jam inde rivum fecissem, et per decem annos eo usus non fuissem; tunc enim servitutem aquaeductus, quae mihi jam erat constituta, amisissem (*L.* 19 *pr. ff. h. t.*).

Casus ubi servitus retinetur, licet nullus fuerit usus, est si debeatur praedio ad pupillum spectanti: hinc infert J. C. in *L.* 10 *pr. ff. h. t.*, quod si praedio inter me et pupillum communi servitus debeatur, licet nec ego nec pupillus usus sim, servitutem tamen retineam propter pupillum; cum enim servitus sit individua, pro parte amitti nequit; si ergo pupillus eam retineat, et ego retinere debeo.

§ XII.

Finitur servitus, resoluto jure ejus, qui servitutem constituit; cujus ratio est, quod dum jus alicujus resolvitur, is numquam videatur illud habuisse; tunc enim dicitur jus nostrum resolvi, dum ex postfacto apparet nos numquam habuisse jus: exempla sunt in addictione in diem, lege commissoria, et jure retractus. Quid si jus ejus, qui servitutem constituit, finiatur, non resolvatur? Tali casu servitus perdurat: sic si servitutem in meo fundo tibi constituam, licet postea meum fundum al-

teri vendam aut donem, non ideo servitus tua finietur, quamvis jus meum, quod in fundo habebam, finiatur; eo enim tempore, quo tibi servitutem constitui, dominus eram fundi, et dominium retinui usque ad momentum quo eum altori tradidi, jus autem semel recto alteri quaesitum perdurat. Aliud esset, si fundi in quo tibi servitutem constitui, dominium revocabile tantum baberem; tunc enim finito meo dominio finiretur etiam servitus, quam tibi constitui; non enim potui plus juris tibi concedere, quam ipse babebam; jam autem, ut supponitur, babebam jus revocabile tantum et temporale; ergo etc. Exemplum, ubi quis habet jus revocabile et temporale tantum, est jus quod habet heres in rebus sub conditione legatis; existente enim conditione, jus ejus in rebus illis finitur, non autem resolvitur, nam vere dominus fuit usque ad momentum existentis conditionis; si itaque pendente conditione heres servitutem rei legatae imposuerit, illa extinguetur existente conditione (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*): sic etiam emphyteuta habet jus revocabile et temporarium tantum; si itaque servitutem fundo emphyteutico imposuerit, illa extinguetur emphyteusi finita.

LIBER NONUS

—

TITULUS I.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

§ I. Quid sit pauperies.
§ II. Ut haec actio competat requiritur primo ut damnum datum sit ab animali quadrupede.
§ III. Et secundo ut quadrupes contra naturam illud damnum intulerit.
§ IV. Quid si animal in alieno fundo pascatur.
§ V. Quandonam cessat haec actio.
§ VI. Cui datur.
§ VII. Contra quem.
§ VIII. Quid si animal perierit.
§ IX. Quid petimus per hanc actionem.

§ I.

Sub hoc titulo tractatur de damno a quadrupede dato, seu de pauperie; pauperies enim vocatur damnum datum sine injuria facientis (*L.* 1 § 3 *ff. h. t.*), cum animalia utpote sensu carentia nec juris, nec injuriae sint capacia; actio itaque de pauperie ex *L. XII. tabb.* descendens est illa, per quam vindicatur damnum ab animali quadrupede contra naturalem instinctum datum, tenditque ad hoc ut possessor illius animalis damnum datum resarciat, vel ipsum animal quod nocuit noxae dedat, seu vivum transferat in eum, qui damnum passus est (*L.* 1 § 14 *ff. h. t.*).

Actio haec, quamvis detur contra animalis possessorem, personalis tamen est, non poenalis, tendit enim ad dationem, seu damni resarcitionem; et praeterea in nullo jure reali fundatur, cum is, qui damnum passus est, nullum jus reale habeat in animali, sic realis dici nequit: est tamen in rem scripta, ita nempe vocantur actiones omnes, quae, licet personales sint, tamen dantur contra omnem rei possessorem.

§ II.

Ut huic actioni locus sit, requiritur primo ut damnum datum sit ab animali quadrupede: hinc si animal bipes damnum dederit, actio directa de pauperie locum non habet: caeterum hoc casu ex aequitate utilis actio data est a J. C. ei, qui damnum passus est (*L.* 4 *ff. h. t.*).

§ III.

Requiritur secundo, ut quadrupes contra naturam, seu contra naturalem instinctum damnum dederit: sicuti enim homo, si altori damnum dederit, non tenetur, nisi aliqua ejus culpa argui possit, ita etiam placuit ut tunc demum haec actio daretur, si species quaedam culpae in quadrupede fuerit, quod contingit, dum quadrupes contra naturalem instinctum damnum dat. Hinc si equum quis verberet, et equus dolore excitatus calce petat, et sic damnum det, haec actio cessabit; nam tunc non potest dici equum contra naturalem instinctum calce petiisse, sed maxime secundum naturam suam: aliud esset, si quis equum manibus palpatus esset, et equus eum calce percussisset (vide *L.* 1 § 4 *et* 7 *ff. h. t.*); hinc quaesitum est, quid si duo equi contra se invicem certarent, et unus alterum occiderit, an domino equi occisi detur haec actio contra dominum alterius equi? Et siquidem equus qui alterum aggressus erat occisus sit, deciditur huic actioni locum non esse (*L.* 1 § 11 *ff. h. t.*), nam tunc alter equus egit juxta naturalem suum instinctum; defendit enim se, quod naturale est; si vero occisus sit equus qui ab altero erat provocatus, huic actioni locus erit.

§ IV.

Ex dictis colligi potest non dari hanc actionem, si quadrupes in alieno pascatur; licet enim ei, in cujus agro pascebatur animal, damnum datum sit, hoc tamen damnum ab animali non est datum contra naturalem instinctum, sed maxime secundum naturam, hoc tamen casu datur alia actio, quae vocatur *de pastu pecoris*, quae similiter ex *L. XII. tabb.* descendit (*L.* 14 § 3 *ff. de praescr. verb.*).

§ V.

Cessat etiam haec actio, si animal natura fera

nocuerit, ut ursus etc., nempe tale animal dominum non habet, et si forte habeat, non fecit contra naturalem instinctum; ex natura enim sua animalia fera cuique nocent (*L.* 1 *ff. h. t.*).

Ut autem haec actio detur, non interest an quadrupes corpore suo, an mediante plaustro, curru, aut simili re damnum dederit (*L.* 1 § 9 *ff. h. t*); lex enim non distinguit, sed generaliter loquitur de omni damno a quadrupede contra naturam dato.

§ VI.

Haec actio datur non tantum domino rei cui nocitum est, sed omni ei cujus interest damnum non esse datum (*L.* 2 *pr. ff. h. t.*); sic si rem tibi commodavero, eique nocitum sit a quadrupede aliena, tibi haec actio competit; nam mihi eo nomine teneris, cum praestare debeas culpam levissimam; sic interest tua damnum non esse datum.

§ VII.

Datur haec actio contra actualem possessorem animalis quod nocuit, nulla habita ratione an dominus, vel possessor esset tempore quo nocuit: hinc si tempore quo animal nocuit pertineret ad Titium, Titius autem illud alienaverit, ita ut jam pertineat ad Maevium, actio haec non datur contra Titium, sed contra Maevium actualem possessorem; ita ut unice videndum sit quis possideat eo tempore quo agere volo (*L.* 1 § 2 *ff. h. t.*), nempe haec actio dirigitur in ipsum animal quod nocuit, ita ut possessor hac actione tantum teneatur per consequentiam animalis quod possidet, et inde dicitur haec actio in rem scripta.

An haec actio contra heredes datur? Non alias datur contra heredes, quam si ipsi animal possideant, ita ut contra eos non detur qua heredes, sed qua possessores (*L.* 1 § *ult. ff. h. t.*).

§ VIII.

Extinguitur autem haec actio, si animal quod nocuit periit ante litem contestatam, modo sine dolo possessoris perierit (*L.* 1 § 13 *ff. h. t.*), etenim jam nullus amplius possidet, et sic nullus est contra quem agatur: aliud igitur esset, si dolo possessoris, aut culpa periisset; regula enim est, quod is qui dolo aut culpa possidere desiit, eodem modo teneatur ac si possideret. Quid jam si actionem intentaverim contra possessorem animalis, et pendente lite animal mortuum sit sine dolo aut culpa possessoris? Si mala fide litigaverit possessor, tenebitur perinde ac si animal adhuc viveret, tunc enim fuit in mora constitutus, mora autem perpetuat actionem. Si vero bona fide litigaverit, seu si juste ad judicium provocaverit, liberatur argumento *L.* 40 *ff. de pet. hered.*, ubi dicitur quod si hereditatem ad me pertinentem petiverim ab eo, qui eam possidebat, isque bona fide, cum justam litigandi causam se habere putaret, se opposuerit, et pendente lite res quaedam hereditariae sine culpa possessoris perierint, id periculum ad me heredem spectet; non enim continuo in mora est, licet litem contestatus sit, modo putet jus suum fundatum esse. Caeterum, quamvis hoc casu liberetur possessor, si tamen propter interitum animalis aliquid consecutus fuerit, v. g. si animali occiso, egerit contra occisorem actione legis Aquiliae, damnum mihi resarcire debebit, vel id quod consecutus est mihi praestare, aut si nil adhuc consecutus sit, actionem legis Aquiliae quam habet contra occisorem mihi cedere (*L.* 1 § 16 *ff. h. t.*).

§. X.

Per hanc actionem petimus, ut dominus animalis damnum nobis illatum resarciat, a quo tamen resarcitione liberare se poterit animal in nos transferendo, seu noxae dedendo, regulare enim est, quod nunquam res nostrae nocere nobis possint ultra earum valorem: excipitur unus casus, ubi dominus non potest defungi animal noxae dedendo, sed ad solidam damni reparationem tenetur, si nempe negaverit suam esse quadrupedem, et mendacii convictus fuerit (*L.* 1 § 15 *ff. h. t.*).

Quid si homini libero per quadrupedem damnum fuerit datum, v. g. vulnus inflictum? In hac actione certe non habebitur ratio doloris aut deformationis, homo enim liber aestimationem non recipit; sed per hanc actionem consequetur impensas in curationem vulneris factas; item aestimationem operarum, quas propter vulnus amisit, et amissurus est (*L.* 4 *ff. h. t.*), nisi tamen dominus animalis paratus sit animal noxae dare.

TITULUS II.

AD LEGEM AQUILIAM.

§ I. Ut actio legis Aquiliae competat requiritur primo ut damnum datum sit.
§ II. Secundo ut injuria damnum datum sit.
§ III. Exponitur *L.* 29 § 1 *ff. h. t.*
§ IV. Si casu fortuito damnum datum sit cessat haec actio.
§ V. Si infans, furiosus, vel servus damnum dederit, contra quos dabitur haec actio.
§ VI. De primo capite hujus legis.
§ VII. Si unus servum vulneraverit, alius postea occiderit, quomodo tenebuntur.
§ VIII. Quid si plures servum percusserint, ita ut non appareat ex cujus ictu mortuus sit.
§ IX. Quomodo aestimatio ex hoc capite facienda est.
§ X. An a die mortis, an vulneris annus retrorsum computandus est.
§ XI. Quid praeter aestimationem corporis occisi adhuc consequimur.

§ XII. De tertio capite hujus legis.
§ XIII. De casibus, in quibus datur non directa, sed utilis actio ex hac lege.
§ XIV. Cui et contra quem dentur actiones ex hac lege.
§ XV. An dentur pro homine libero occiso vel vulnerato.
§ XVI. Si plures damnum dederint, omnes in solidum tenebuntur.

§ I.

Per hanc legem vindicatur omne damnum injuria datum, unde actio ex hac lege passim vocatur *damni injuria actio.* Ut huic legi locus sit, requiritur, primo, ut damnum datum sit: per damnum hic intelligitur omnis diminutio nostri patrimonii, quae fit per deteriorationem vel corruptionem rei; hinc contra eum qui rem nostram abstulit tantum, eam autem non corrupit, haec actio non datur, sed furti. Hinc etiam si quis fructus meos maturos decerpserit, vel discusserit, non habebo contra eum actionem legis Aquiliae, nullum enim damnum mihi intulit; imo lucrum mihi fecit, quatenus jam necesse non est impensas facere, ut decerpantur, isque videtur mihi donasse impensas, quas in eos fecit (*L.* 27 § 25 *ff. h. t.*): aliud esset, si fructus immaturos discussisset, jam enim damnum mihi inferret, adeoque lege Aquilia teneretur.

§ II.

Requiritur secundo, ut damnum illatum sit injuria: vox autem *injuria* non hic significat contumeliam, sed significat sine jure; itaque si damnum sine jure datum sit, haec actio mihi competit: caeterum si in contumeliam quis mihi damnum dederit, non tantum hac actione, sed etiam actione injuriarum agere potero (*L.* 5 § 1 *ff. h. t.*), et quidem utraque, factum enim illud continet plura delicta, quorum singulum meretur poenam: quod si contumeliam tantum quis mihi intulerit, non vero damnum, cessante actione legis Aquiliae, sola injuriarum actio dabitur.

Si itaque vel jure, vel casu fortuito aliquis damnum dederit, hac lege non tenetur: jure autem is damnum dat, qui ad justam sui defensionem servum, aut animal alienum occidit vel vulnerat, modo non aliter vitam suam potuerit defendere; servare enim debet moderamen inculpatae tutelae (*L.* 4, *et* 5 *pr. ff. h. t.*): si itaque servum tuum vitae meae insidiantem occiderim, hac actione contra me agere non potes, si modo non aliter me defendere potuerim, nam si, cum apprehendere possem, occiderim, sine dubio hac actione tenebor. Quid de fure dicendum sit, ipsum occidere liceat, vide *L.* 4 § 1 *ff. h. t.* Notandum quoque huic actioni non alias locum esse, quam si dolo vel culpa damnum datum sit, non vero si casu fortuito.

§ III.

Huc spectat *L.* 29 § 1 *ff. h. t.*, ubi proponitur quod vicinus in meo fundo aquaeductum fecerit, cum nullum jus haberet id faciendi, diciturque quod si ego istum aquaeductum intercidam, lege Aquilia non tenear, quia id jure feci. Aliud est, ut ibidem dicitur, si protectum vicini quod supra meum procumbebat resciderim; licet enim vicinus sine ullo jure hoc protectum supra meum haberet, tamen hac actione tenerer; non enim hoc jure feci, nam debebam contra eum agere actione negatoria jus ei non esse protectum ita habendi, nec mihi ipsi jus dicere poteram. Disparitas inter istos duos casus est, quod in primo casu ille aquaeductus in meo solo factus sit, in quo mihi facere licet quid volo, et sic jure illum aquaeductum praescidi, sed protectum quod vicinus meus fecit tantum supra meum pendebat, ita ut nequidem in meo, sed in aedibus vicini requiescebat: sic non poteram protectum illud praescindere, cum in alieno esset, et adeo adversus ipsum agere debebam negatoria.

Alius casus, ubi quis jure damnum dedit, adeoque hac lege non tenetur, est in *L.* 49 § 1 *ff. h. t.*, si scilicet incendii arcendi causa aliquis aedes vicini interciderit, modo id fecerit justo ex metu.

§ IV.

Diximus quod si quis casu fortuito damnum dederit, huic legi locus non sit, hoc ita, modo nulla culpa casum fortuitum praecesserit: exemplum est in milite, qui in campo ad jaculandum destinato servum transeuntem casu occidit (§ 3 *et* 4 *inst. h. t.*, *L.* 9 § *ult. ff. h. t.*): aliud esset, si in loco ad hoc non destinato id factum foret, vel si aliquis non miles id fecisset in loco solis militibus ad jaculandum destinato; licet enim casu fecerit, tenebitur tamen, quia ibi jaculando culpam admisit: exempla huc pertinentia adhuc sunt in *L.* 7 § 4, *et L.* 52 § 4 *ff. h. t.* Ex dictis sequitur quod furiosus, qui damnum dedit alteri, hac actione non teneatur, sine culpa enim sua damnum dat, cum mentis compos non sit, idem de infante qui damnum dedit. Quid de impubere qui infantiam excessit, seu qui major est septem annis? Et is saepe jam culpae reus esse potest, et si damnum dederit, hac actione tenebitur, nisi appareat judici nullum adhuc in eo usum rationis esse (*L.* 5 § 2 *ff. h. t.*).

§ V.

Caeterum casu quo furiosus aut infans damnum dedit, licet contra illos nulla actio competat, si tamen culpae rei sint illi, quibus cura furiosi vel infantis incumbit, v. g. si permiserint furiosum vagari in iis locis, in quibus facile praevide-

re poterant eum damnum datnrum, certe illi proprio nomine hac ectione tenebuntur. Ille itaque solus actione ex hac lege tenetur, qui dolo vel culpa damnum dedit; caeterum noo ioterest qualem culpam admiserit, sufficit enim vel levissimam admissam esse, ut hac lege teneatur (*L.* 44 *pr.*, *L.* 31 *ff. h. t.*); imo sufficit quod omiserit aliquid, quod si non omisisset, damnum datum oon fuisset, si modo in omissione aliqua culpa intervenerit; nam cum levissimam culpam in haoc aetionem venire dicat J. C., certe etiam intelligit eam, quae in omittendo coosistit; hinc si medicus curatiooem servi mei susceperit, eumque neglexerit, hac actione teneri dicitur in *L.* 8 *pr. ff. h. t*; omittendo eoim ejus curatiooem, postquam illam in se susceperat, culpam admisit: aliud esset, si cum curationem non suscepisset medicus, ad servum aegrotum vocatus neglexerit venire, noo enim eum curare tenebatur, et sie omitteodo ejus curationem, culpae reus dici nequit.

Hinc etiam hac actione tenetur domious, quaodo ejus servus, eo sciente, nec prohibente, damnum dedit; incumbebat eoim ei id prohibere, adeoque id omittendo omisit aliquid, quod ex officio facere tenebatur, sicque io culpa est (*L.* 44 § 1, *et* 45 *pr. ff. h. t.*), imperitia etiam culpae adnumeratur (*L.* 132 *ff. de reg. jur.*, quae ad legem Aquiliam spectat, est enim desumpta ex Gaio *lib.* 7 *ad edictum provinciale*, in quo libro Gaius de lege Aquilia tractavit, ut apparet ex inscriptione *L.* 8 *et* 31 *ff.h.t.*). Si itaque chirurgus servum meum imperite secuerit, vel medicus mala medicameota dederit, ita ut servus mortuus sit, hac lege teoebitur, (*L.* 7 § *ult.*, *L.* 8 *pr. ff.h.t.*); mulio etiam qui, cum ob imperitiam vel infirmitatem, mulas suas retinere oon posset, servum meum obtrudit, hac actiooe cooveniri potest *L.* 8 § 1 *ff. h. t.*, ubi haec ratio allegatur, *quod affectare quisque non debeat in quo vel intelligit, vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram;* cui eccedit quod nemo artem aliquam profiteri debeat, nisi noscat se artis illius capacem, alias in eulpa est: ex eadem ratione hac lege tenetur qui equo iosidens aliquem obtrudit, cum propter imperitiam vel infirmitatem equum retinere non posset: alia exempla vide in *L.* 7 § 2, *L.* 30 § 3, *et L.* 52 § 2 *ff. h. t.*

§ VI.

Nunc de capitibus hujus legis videamus: fuere autem tria, quorum secnodum, teste J. C. in *L.* 27 § 4 *ff. h. t.*, io desoetudinem abiit, quidque oo cautum fuerit igootum est: de primo itaque et tertio vidoamus. Exhibet *L.* 2 *pr. ff. h. t.* primi capitis verba, quo cautum ut *si quis alienum servum vel alienam quadrupedem occiderit injuria, is teneatur ad dandam aestimationem servi vel quadrupedis occisae, quae maxima fuit intra annum praeteritum:* loquitur itaque primum caput tantum de occisione servi aut quadrupedis, quae pecudum numero est: pecudum autem numero sunt illae quadrupedes, quae gregatim pascuotur, ut oves, boves, equi, asini etc. (*L.* 2 § 2 *ff. h. t.*); ut ergo quis hoc capite teoeatur, requiritur ut occiderit servum, vel quadrupedem pecudem; non ioterest autem quomodo occiderit (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*). Quid ergo, si tantum vulneravit? Siquidem ex eo vulnere servus sit mortuus, actione ex primo capite tenetur, nam tunc recte diei potest occidisse; quod si servus ex eo vulnere mortuus noo sit, sed vel coovaluerit, vel ex alia causa sit mortuus, non tenetur hoc eapite, sed tertio tantum; hinc nequidem sufficit vulnus lethale fuisse, ut quis hoc capite teneatur, sed servus ex eo debet fuisse mortuus: unde, si pooamus servum a me lethaliter vulneratum postea naufragio, vel ruina periisse, non tenebor hoc capite, quasi occiderim, sed tantum tertio capite, quasi vulneraverim, ruina enim non passa est apparere ao a me occisus sit (*L.* 15 § 5 *ff. h. t.*).

§ VII.

Quid ergo si unus servum vuloeraverit, alius autem postea occiderit antequam ex primo vuloere coovaloisset? Certum est secundum teneri primo capite: sed quid de primo qui vuloeravit tantum? Si mortifere vulneratus noo sit, eerte hoc capite non teoetur: quod si vulnus fuerit mortiferum, ita nt certum esset servum exinde moriturum esse, tunc juxta *L.* 51 *ff. h. t.*, primus tenetur primo capite quasi occidisset; ait eoim J. C. quod non tantum teneantur lege Aquilia illi, qui ita vulnerassent nt confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita exeessurum; dum autem dieit quod teneantur lege Aquilia, certe intelligit quod teneantur primo capite; nam quod saltem teneantur tertio capite, de eo nullum esse poterat dubium, sed dubium taotum erat de primo capite: ratio autem quare prior teoeator primo capite, est quod statim ac volnus tale inflixit, ex quo certum erat servum mori debere, dici possit occidisse servum, adeoque teneri de occiso, jam autem delictum unius noo debet tolli aut purgari per delictum alterius; non ergo prior de occiso desioit teneri, propterea quod alter postea occiderit: nec ad rem facit, quod nemo teneatur ex primo capite, nisi qui occidit; nam qoamvis stricte loquendo prior non occiderit, intelligitur tamen occidisse, quatenus tale vulnus inflixit, ex quo mors erat certo secutura, licet secundus non occidisset.

OBJ. Quod servus revera a secundo fuerit occisus, et quod idem homo non possit bis mori aut occidi adeoque non possit dici a priore occisus.

R/. Quamvis idem homo bis occidi nequeat, nil tamen implicat quominus plures eidem homini caussam mortis inferant, eum tam graviter vulnerando, ut inde mors sequi omnino debeat, qualo vulnus sufficit, ut quis occidisse intelligatur.

Dictis tamen fortiter obstat *L.* 15 § 1 *ff. h. t*, ubi aperte dicitur quod si quis mortifere vulneraverit servum, et deinde alius eum occiderit, prior tantum de vulnerato, non de occiso teneatur. Sed ad hanc legem R/. quod vulnera mortifera sint duplicis generis; aliud enim tale est, ex quo certum est vulneratum mori debere, et de tali vulnere loquitur Julianus in *L.* 51, dum dicit priorem teneri de occiso, ut clare constat ex verbis legis: aliud autem vulnus est quidem mortiferum, sed non tale, ut certum sit vulneratum ex eo moriturum, sed tantum mortiferum dicitur, quia maximum mortis periculum inducit, et de tali vulnere loquitur Ulpianus in *L.* 15 § 1, dum dicit priorem tantum teneri de vulnerato. Quod autem *L.* 15 § 1 loquatur de casu, quo prior vulnus mortiferum quidem inflixerat, sed non tale, ut certum esset servum moriturum, probatur ex eo quod Ulpianus ibi referat Juliani sententiam dicentis priorem de vulnerato tantum teneri; jam autem ipse Julianus in *L.* 51 dicit eum teneri de occiso, si vulnus sit tale, ex quo certum est eum moriturum. Ergo dicendum est Julianum in *L.* 15 § 1 agere de tali vulnere mortifero, ex quo non erat certum servum moriturum: alias Julianus sibi contradiceret, quod non est ferendum.

Eadem solutio danda est ad *L.* 11 § 2 *ff. h. t.*, ubi Ulpianus iterum ait priorem qui mortifere vulneraverat, de vulnerato tantum teneri, nempe loquitur iterum de vulnere mortifero quidem, sed tali ex quo non erat certum servum moriturum.

§ VIII.

Quid jam si plures eodem tempore in rixa forte servum ita percusserint, ut mortuus sit? Siquidem appareat ex cujus ictu servus perierit, certe ille solus de occiso tenebitur: quod si non appareat ex cujus ictu sit occisus, deciditur quod omnes teneantur, quasi occiderint (*L.* 11 § 2, *L.* 51 § 1 *ff. h. t*): ratio est, quod omnes contribuerint ad ejus occisionem, vel saltem contribuisse praesumantur; nam quamvis singulum vulnus per se mortale non sit, tamen unum vulnus alteri superadditum mortiferum esse solet (*L.* 7 § 5 *ff. h. t.*); et profecto non est ratio dicendi quare unus de occiso potius teneretur quam alter; dici etiam non potest neminem teneri, nam sic delictum occisionis maneret impunitum; restat ergo ut omnes teneantur. Huic conforme est quod deciditur in *L.* 21 § *penult. ff. de furt.*, quod si plures trabem furati sint, singuli in solidum furti teneantur, quamvis quisque sine aliis trabem illam tollere non potuisset. Nec obstat quod forte inter percussores sint plures, ex quorum ictibus non est occisus servus, nam contra singulos militat praesumptio, cum omnes cooperati sint; nisi ergo quisque doceat ex cujus ictu occisus sit, quisque percussorum ex primo capite tenetur.

§ IX.

Condemnatio ex hoc primo capite, ut diximus, fit in eam aestimationem servi vel quadrupedis occisae, quae maxima fuit intra annum praeteritum seu retrorsum computandum; si itaque servus meus ante sex menses v. g. oculum amiserit, et ita inceperit valere viginti tantum, ubi forte antea valebat centum, tuque hodie eum occidas, per hanc actionem non viginti, sed centum dare debebis, quoniam intra annum valuit centum (*L.* 23 § 3 *ff. h. t.*); unde patet quod haec actio non sit mere rei persecutoria, sed mixta, seu partim poenalis; si enim ad interesse tantum tenderet, in casu posito tantum acciperem viginti, id ergo quod plus percipio, poena est.

Notandum autem quod in aestimatione, quae hic praestanda venit, non sit habenda ratio affectionis, sed capienda est vulgaris aestimatio: sic v. g. si servum meum occideris, quem ego propter affectionem aestimabam sexcenta, cum a parte rei tantum valeret centum, et intra annum non plus valuerit quam centum, in centum tantum condemnaberis (*L.* 33 *pr. ff. h. t.*).

§ X.

Quid si servum meum vulneraveris, servus autem ex eo vulnere diu postea sit mortuus, a quo tempore numerabitur annus retro? A die vulnerationis, non a die mortis (*L.* 21 § 1 *ff. h. t.*), quia si annus computandus foret a die mortis, hoc aliquando noceret domino servi; nam v. g. si servus ultra annum forte post illatum vulnus sit mortuus, dominus tantum consequeretur eam aestimationem quam servus habebat, dum primo vulneratus erat, quae aestimatio certe minima foret, imo ferme nulla, ubi tamen servus antequam vulneraretur plurimi valebat, et sic in hoc exemplo dominus nequidem interesse suum consequeretur.

§ XI.

Per hanc actionem autem non tantum consequimur aestimationem corporis occisi, quae intra annum fuit maxima, sed etiam omne id quod postea nostra interest occisionem factam non esse (*L.* 21 § 2 *ff. h. t.*); etenim haec actio mixta est, ita ut et interesse et poenam contineat; omne ergo damnum, quod passi sumus per hanc actionem, venit resarciendum: hinc si servum meum valentem cen-

tum alteri promiserim, et nisi darem, promiserim ducenta poenae nomine, si tu illum servum occidas, non iu centum, sed in ducenta condemnaberis; interest enim mea ad ducenta servum non esse occisum, cum jam ducenta debeam ex promissione mea (*L.* 22 *pr. ff. h. t.*): sic etiam si ex pari equorum quod habebam, unum occideris, non tantum habebitur ratio equi occisi, sed etiam equi superstitis; etenim equus superstes minus jam valet propter alterius occisionem (*L.*22 § 1 *ff. h. t.*).

Quid si heres institutus sim sub conditione, si Stichum servum meum manumiserim, et tu Stichum occideris, ita ut eum manumittere non possim? Decidit J. C. in *L.* 23 § 2 *ff. h. t.* quod conditio, sub qua institutus eram, defecerit, adeoque quod heres esse non possim: an ergo occisor condemnabitur in aestimationem hereditatis, quam propterea amisi? Et quidem si servus ille occisus sit post mortem testatoris, qui me heredem instituerat, certe aestimationem hereditatis quam amisi consequar; nam recte dicam me servum manumissurum fuisse, si viveret, adeoque hereditatem me fuisse consecuturum. Aliud decidit J.C., si Stichus occisus fuerit eo tempore, quo adhuc vivebat testator; ex quo aliqui inferunt, quod hoc casu conditio habeatur pro impleta, ita ut heres futurus sim eodem modo ac si Stichum manumisissem; sed male, nam si non obstante occisione, hereditatem adire possem, quasi implevissem conditionem, tunc J. C. ridicule quaereret an hereditatis aestimationem consequi debeam ab occisore; omnino ergo fatendum est, conditionem defecisse, et consequenter me heredem esse non posse; conditio enim adjecta institutioni vel legato specifice adimplenda est, nec ideo pro impleta habetur, quod casu fortuito vel facto tertii eam implere non possim, ita ut sufficiat quod tempore facti testamenti fuerit possibilis.

Quare autem J. C. decidat me hereditatis aestimationem non consecuturum ab occisore, licet propter occisionem defecerit conditio, rationem ipse J. C. hanc allegat, *quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur*: hoc nempe vult, quod dum per hanc actionem petimus interesse, illud petamus quasi hoc interesse augeat valorem servi occisi; jam autem valor servi occisi respicitur, non ille quem servus esset habiturus, si vixisset, sed retrorsum inspicitur quem habuit intra annum praeteritum; itaque, cum haec hereditas nondum sit delata eo tempore quo occiditur servus, imo nondum sit hereditas, cum hominis viventis nulla sit hereditas, nondum augebat valorem servi, et sic aestimationem ejus hereditatis non consequar.

Nec obstat *d. L.* 23 *pr. ff. h. t.*, ubi decidit Ulpianus ex Neratio, quod si servus meus, qui ab aliquo heres institutus erat, occisus sit, aestimationem etiam hereditatis consequar ab occisore; nam Ulpianus supponit servum occisum esse post mortem testatoris; cum enim dicat aestimationem hereditatis deberi, supponit jam inde esse hereditatem, quae aestimari possit, sicque supponit testatorem mortuum esse. Praeterea, ut vidimus in § 2 *ejusd. L.*, Ulpianus ex Juliano distinguit an vivo, an mortuo testatore occisus sit, deciditque priori casu aestimationem hereditatis non esse praestandam, *quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur*; sic certe in principio legis non supponit servum vivo testatore occisum; nam tunc juxta rationem, quam allegat in § 2, decidere debuisset non esse praestandam hereditatis aestimationem.

§ XII.

Tertio capite legis Aquiliae cavetur de omni damno in rebus alienis dato, praeterquam de occisione servi, vel quadrupedis pecudis: sanctio autem hujus capitis est, ut teneatur is, qui damnum dedit, eam aestimationem dare, quam res cui damnum dedit, intra triginta dies praeteritos maximam habuit (*L.* 27 § 5 *ff. h. t.*). Omne itaque damnum hoc capite vindicatur, excepta tantum occisione servi vel quadrupedis pecudis; unde si quis vulneraverit servum, vel quadrupedem pecudem, vel occiderit quadrupedem non pecudem, canem v. g., aut animal non quadrupes, aut demum rei inanimatae alterius damnum dederit, qualecumque sit hoc capite tenetur.

Notandum autem quod per legem Aquiliam directo vindicetur id damnum tantum, quod corpore suo in corpus quis dedit, unde etiam tunc tantum competit actio directa ex hac lege.

§ XIII.

Caeterum, cum variis aliis modis possimus rebus alienis damnum inferre quam corpore in corpus, et etiam hoc casu aequum sit, ut hac actione teneamur, hinc J. C. ex aequitate pro illis casibus, in quibus directa actio ex hac lege deficiebat, introduxerunt actiones utiles, item in factum actiones, et quidem, ut colligere licet ex § *ult. inst. h. t.*, tunc locus est actioni utili ex hac lege, dum quis alio modo quam corpore suo dat damnum, in corpus tamen v. g. si servum alienum ita quis incluserit, ut fame necatus sit; tunc autem, juxta eundem §, locus est actioni in factum, dum nec corpore suo quis, nec in corpus damnum dedit, v. g. si quis alienum servum compedibus vinctum misericordia ductus solverit, isque aufugerit. Caeterum quamvis ita distinguat Justinianus in *d.* §. *ult.*, constat tamen J. C. actiones in factum et utiles promiscue usurpasse, ita ut actionem quae datur contra eum, qui non corpore suo, in corpus tamen damnum dedit, passim vocent in factum actionem, quam Justinianus vocat utilem (*L.* 7 § 3, *L.* 9 *pr.* § 2 et 3, *L.* 11 § 5 *ff. h. t.*).

Digitized by Google

§ XIV.

Jam videamus cui et contra quem competat. Datur autem haec actio soli domino animalis, aut servi vulnerati vel occisi, aut rei cui damnum est illatum, ut constat ex verbis legis Aquiliae relatis in *L.* 2 *pr.* et *L.* 27 § 5, item ex *L.* 11 § 6 *ff. h. t.* Quid ergo si servus hereditarius sit occisus vel vulneratus eo tempore, quo hereditas jacebat, cui acquiretur haec actio, cum nemo eo tempore sit dominus illius servi? J. C. in *L.* 13 § 2 *ff. h. t.* decidit, hanc actionem acquiri ipsi hereditati; hereditas enim quamdiu jacet fungitur vice domini, ita ut ipsa interim domina videatur rerum hereditariarum; statim autem ac heres hereditatem adibit, haec actio in hereditate reperta ei acquiretur. Sed quid si servus, qui legatus erat alteri, occidatur vel vulneretur? Siquidem post aditam hereditatem hoc contingat, hanc actionem legatario competere ait J. C. in *L.* 13 § 3; nec mirum, cum statim ab adita hereditate legatarius dominium legati ipso jure acquirat; ei ergo tanquam domino haec competit actio. Quod si servus legatus ante aditam hereditatem occisus sit vel vulneratus, ait J. C. in *L.* 15 *pr. ff. h. t.*, hanc actionem acquiri ipsi hereditati, et per eam heredi adeunti, ex qua lege manifeste refelluntur illi, qui dicunt legatarium dominum fieri rei legatae a morte testatoris, vel saltem dominium ejus retrotrahi ad tempus mortis testatoris; si enim hoc verum esset, sequeretur actionem legis Aquiliae in casu posito acquiri ipsi legatario, non vero hereditati; cum ergo J. C. decidat actionem acquiri hereditati, manifeste sequitur hereditatem jacentem intelligi dominam rei legatae, donec adeatur, et tantum momento aditionis dominium acquiri legatario: idem probat *L.* 7 § 5 *ff. de dol. mal.* Nec ad rem facit *L.* 17 § 1 *ff. h. t.*, ubi J. C. indistincte dicit *servo legato occiso competere legatario hanc actionem*; nam hoc intelligendum est, si post aditam hereditatem servus occisus sit; alias Ulpianus, qui est auctor illius legis, contradiceret sibi in *L.* 15, ubi dixerat *non legatario, sed hereditati quaesitam esse actionem*, si ante hereditatem aditam occisus sit: praeterea quod attinet § 1 *L.* 17, plures non sine fundamento putant illum spurium esse.

Posito jam, hanc actionem, si servus legatus ante aditam hereditatem occisus vel vulneratus sit, quaesitam esse ipsi hereditati et per eam heredi adeunti, quaeritur an heres saltem cogendus non sit actionem legis Aquiliae cedere legatario? J. C. in *d. L.* 15 distinguit, ut nempe si occisus sit servus, haec actio remaneat penes heredem, nec cogatur legatario eam cedere, nimirum, cum res legata extincta sit, totum legatum periit, sicque legatarius nullam amplius actionem habet, qua conveniat heredem pro suo legato, non magis quam si ei legatum non fuisset.

Nec obstat quod si v. g. tibi vendiderim servum, isque ante traditionem occidatur, tenear tibi cedere actionem, quam consecutus sum contra occisorem. Nam disparitas est, quod in casu objecto licet servus venditus perierit, non tamen ideo emptio-venditio resoluta sit, habebat enim emptor actionem ex empto contra me, quam retinet non obstante eo quod servus occisus sit; itaque actione ex empto adhuc agere potest ut ei cedam actionem legis Aquiliae. Sed in casu nostro servus occisus est, seu res legata periit antequam legatarius haberet heredem sibi obligatum, heres enim tantum obligatur legatariis ab adita hereditate, sic legatarius nullam adhuc actionem contra heredem acquisiverat, nec aliquam acquirere jam potest, cum legatum in totum sit extinctum, et sic heredem cogere nequit, ut sibi cedat actionem legis Aquiliae. Quod si servus legatus ante aditam hereditatem vulneratus tantum sit, jam heres actionem legis Aquiliae cedere legatario tenetur; res enim legata adhuc existit, et sic, dum hereditas aditur, legatario acquiritur actio contra heredem ad consequendum suum legatum: per hanc autem actionem cogit heredem sibi cedere actionem legis Aquiliae; haec enim actio legis Aquiliae quodammodo succedit in locum aestimationis, quam servus amisit propter vulnerationem.

§ XV.

Ex eo quod haec actio non competat nisi domino, sequitur etiam eam non dari, si homo liber vulneratus sit, vel occisus; homo enim liber dominum non habet, ita quidem, ut nec ipsi vulnerato haec actio competat, quoniam nemo dominus membrorum suorum videtur: caeterum his easibus datur utilis actio ipsi vulnerato, vel ei in cujus potestate est is, qui vulneratus aut occisus est, aut etiam heredibus (*L.* 13 *pr.*, *L.* 5 § *ult.*, *L.* 6 *et L.* 7 *pr. ff. h. t.*); in quam actionem non quidem veniet aestimatio corporis occisi vel vulnerati, sed impendia in curationem etc., vel quod interest propter amissas operas. Ulterius sequitur quod haec actio non detur commodatario rei, cui damnum illatum est (*L.* 11 § 9 *ff. h. t.*), quia non est dominus.

Quid de bonae fidei possessore vel fructuario? Quamvis ex verbis legis Aquiliae directa actio eis non competat, placuit tamen ex aequitate utilem illis dare (*L.* 11 § 10 *ff. h. t.*); mens enim legis Aquiliae fuit omne damnum resarcire, jam autem bonae fidei possessor et fructuarius etiam damno afficiuntur, si res quam bona fide possident, vel cujus usumfructum habent, occidatur, vel alio modo deterioretur.

§ XVI.

Si plures simul damnum intulerint, contra singulos haec actio datur; ita quidem, ut licet unus

solverit, non tamen per hanc solutionem caeteri liberentur, etenim quisque deliquit, et sic quisque puniri debet; jam autem id quod unus solvit, solvit in poenam sui delicti, adeoque ejus solutio nullo modo prodesse debet caeteris, cum per hanc solutionem delictum aliorum non sit sublatum. Aliud est in actionibus rei persecutoriis; dum enim plures in solidum actione rei persecutoria tenentur, uno solvente caeteri liberantur; nempe fundamentum illarum actionum est interesse nostrum, et sic statim ac unus solvit, cum jam habeam id quod mea interest, cessat fundamentum meae actionis; cessat ergo etiam actio contra alios: verum fundamentum actionum poenalium non est interesse, sed in eo fundatur, quod delictum adversarii puniri debeat: jam autem dum unus ex pluribus, qui actione poenali tenentur, solvit, punitum quidem fuit ejus delictum, sed non delictum aliorum; manet igitur fundamentum actionis contra alios, et sic recte adhuc conveniuntur.

Obj. Quod dum plures alicui metum intulerunt, singuli teneantur in solidum actione quod metus causa; si tamen unus solverit, reliqui liberantur (*L.* 14 § *ult. ff. quod met caus.*); ergo dicendum etiam videtur, quod si plures damnum intulerint, uno solvente liberentur alii. Sed disparitas est, quod actio quod metus causa sit rei persecutoria ex sua natura, et ab initio, etenim per illam tantum petimus quod nobis abest, et sic quando hoc ab uno consecuti fuimus, non est ratio cur alii adhuc teneantur; actio autem legis Aquiliae ab initio et ex natura sua est poenalis.

Nec ad rem facit, quod actio quod metus causa etiam ad poenam tendat; nam si reus conventus non restituat, condemnatur in quadruplum; quia licet in ea quandoque quadruplum veniat, seu poena, hoc tamen tantum fit per accidens, ob contumaciam nempe rei conventi restituere nolentis; nam ab initio tantum simplum petitur, idque solvendo reus defungitur; si itaque unus eorum qui metum intulerant, restituerit, vel quadruplum propter contumaciam dare coactus fuerit, nulla est ratio, cur caeteri adhuc possent conveniri; is enim, qui metum passus est, jam habet id quod sibi abest, nec etiam poena ab eis peti potest, nam cum conventi non fuerint, non possunt dici contumaces fuisse, nec poenam alterius contumaciae ferre debent.

Obj. Quod si e coenaculo, in quo plures habitant, aliquid dejectum vel effusum fuerit, contra quemvis habitaturem detur actio de dejectis et effusis in solidum; si tamen unus solverit, caeteri liberantur (*L.* 1 § *ult.*.*L.* 3 *ff de his qui effud.*); sed actio de dejectis et effusis poenalis est; ergo etc. Sed disparitas est, quod in casu objecto specialiter inductum sit ut propter dejectionem ab altero factam habitator teneretur; quod jam inde satis durum est; cum sic habitator ex alterius facto poenam luere debeat, unde placuit cum habitatoribus mitius agere, quam cum illis qui damnum dederunt, ita ut solutio ab uno habitatorum facta caeteros liberet, non vero solutio facta ab uno ex pluribus qui damnum intulerunt; cum illi ex alieno delicto, hi vero ex proprio teneantur. Praeterea in casu objecto unum tantum delictum est, una nempe dejectio, vel effusio; sic aequitas postulat ut una tantum poena praestetur, ubi in nostro casu tot sunt delicta, quot personae, quorum singulum meretur poenam.

An haec actio datur contra heredes ejus, qui damnum dedit? Negative, cum sit poenalis; regula enim est, quod actiones poenales contra heredes non dentur, cui similis est illa quod heres non teneatur ex delicto defuncti, cum delicta sint personalia, et ad heredes non transeant: caeterum quamvis actiones poenales et ex delicto proficiscentes contra heredes non dentur, excipitur tamen casus ubi aliquid ad heredem pervenisset, seu ubi locupletior ex eo delicto factus esset; tunc enim datur actio contra eum, quatenus ad eum pervenit; sicut enim heres ex delicto defuncti damnum pati non debet, ita non est justum ut lucrum ex eo faciat (*L.* 23 § 8 *ff. h. t.*).

Tandem notandum, quod actio legis Aquiliae numeretur inter actiones, quae ex inficiatione crescunt in duplum; hoc est si aliquis hac actione conventus neget se dedisse damnum, et convincatur mendacii, condemnatur in duplum (*L.* 23 § 10 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE HIS QUI EFFUDERINT VEL DEJECERINT.

Contra eum qui effundendo, vel dejiciendo alteri damnum dedit, actione legis Aquiliae agi potest, vel ex primo capite, si servus vel quadrupes pecus occisa sit, vel ex tertio, si aliud damnum datum sit. Caeterum cum difficile admodum sit scire vel probare quis dejecerit, vel effuderit, praetor edicto suo proposuit actionem, ut is, ex cujus aedibus aliquid dejicitur, vel effunditur in locum per quem vulgo iter fit, teneatur ad duplum damni illati (*L.* 1 *ff. h. t.*). Actio haec nascitur ex quasi delicto, quod quasi delictum in eo consistit, quod habitator praecavere debuerit, ne quid ex sua domo dejiceretur. et de eo monere domesticos suos, eosque qui in domo versantur; negligentia ergo in eo visa est, si tale quid contingeret, quae quidem negligentia per se non erat sufficiens, ut de damno dato teneretur habitator, nisi accessisset ratio id specialiter statuendi, ut scilicet sine metu et periculo per itinera commearetur (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*). Datur haec actio contra habitatorem aedium, ex quibus aliquid dejectum vel effusum est, sive is sit dominus aedium, sive conductor, sive gratis habitet etc. (*L.* 1 § 4 *et* 9 *ff. h. t.*), modo habitaret eo tempore, quo dejectio vel effu-

sio facta est. Quod si plures easdem aedes inhabitent, contra singulos in solidum haec actio datur, ita tamen ut unius solutione liberentur alii (*L.* 1 § *ult.*, *L.* 3 *ff. h. t.*), et is qui solvit partem ab aliis habitatoribus potest repetere actione pro socio, vel alia (*L.* 4 *ff. h. t.*): si vero plures quidem sint aedium habitatores, sed pro diviso, ita ut partes separatas occupent, tunc is tenebitur tantum, qui eam partem inhabitat, unde dejectio facta est (*L.* 5 *ff. h. t.*). Haec actio tendit ad duplum damni dati; unde poenalis est, et consequenter contra heredes habitatoris non datur (*L.* 5 § 5 *ff. h. t.*). Quod si homo liber vulneratus sit, aestimatio fiet impensarum, et operarum (*L. ult. ff. h. t.*): si occisus, in poenam quinquaginta aureorum convenitur habitator. Caeterum id quod habitator per hanc actionem conventus praestitit, repetere potest ab eo, qui dejiciendo vel effundendo damnum dedit, actione in factum, vel actione locati, si forte is, cui cubiculum locabat habitator, id fecerit (*L.* 5 § 4 *ff. h. t.*).

Alterum praetoris edictum refertur in *L.* 5 § 6 *ff. h. t.*, quo cavetur ut qui super eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum habuerit, quod si cadat nocere possit alicui, is teneatur ad poenam solidorum decem.

TITULUS IV.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Sub hoc titulo tractatur de damno a servis dato, quod, cum ab ipsis, utpote nihil proprii habentibus, resarciri non posset, aequum erat ut adversus dominos actio hujus damni reparandi causa daretur, verum, cum iniquum esset ut occasione servorum domini majus damnum paterentur quam valeret servus, invaluit ut servus qui noxam commisisset noxae dari posset.

LIBER DECIMUS

—

TITULUS I.

FINIUM REGUNDORUM.

§ I. Quomodo differunt judicia divisoria ab aliis judiciis.
§ II. Definitur actio finium regundorum.
§ III. Inter quos detur.
§ IV. Exponitur *L.* 4 § 7 *ff. h. t.*
§ V. Quis finis sit hujus actionis.
§ VI. An huic actioni praescribi possit.

§ I.

Tribus sequentibus titulis de judiciis divisoriis agitur, quibus communio sententia judicis tollitur. Differunt haec judicia a caeteris in eo, quod in caeteris judiciis sententia judicis tantum sit declaratoria, seu quod judex per suam sententiam nullum jus det partibus, sed tantum declaret quod parti jus competat: sic v. g. si agam reivindicatione, et judex pro me sententiam ferat, nil juris mihi tribuit, sed tantum declarat me habere jus, seu me esse dominum rei quam petebam, et in consequentiam condemnat adversarium, ut mihi eandem restituat. In judiciis vero divisoriis sententia est adjudicatoria, seu jus transfert in partes (§. *ult. inst. de off. jud.*): sic v. g. dum communi dividundo agimus de re inter nos communi, et judex eam rem inter nos dividit, tribuit nobis aliquid quod non habebamus antea, nempe cuique partem pro diviso, ita ut quisque partis sibi adjudicatae in solidum fiat dominus, ubi antea quisque habebat partem suam per totum fundum dispersam.

Tres hae actiones ad divisionem tendentes personales sunt, ut aperte testatur *L.* 1 § 1 *cod. de ann. except.*, quamvis tamen effectum aliquem habeant actionum realium, ut de finium regundorum actione testatur J. C. in *L.* 1 *ff. h. t.*; et inde est quod imperator in § 20 *inst. de act.* dicat, quod videantur obtinere mixtam causam tam in rem, quam in personam.

Haec judicia vocantur etiam duplicia, hoc sensu, quod uterque actor item reus esse possit: placuit autem eum in his judiciis videri actorem esse, qui prius ad judicium provocavit alium reum esse (*L.* 13 *ff. de jud.*); quod si non appareat quis prior provocaverit, sed uterque eodem tempore provocet, ait J. C. in *L.* 14 *ff. eod.*, tunc rem discerni solere sorte.

§ II.

Actio finium regundorum definitur actio personalis qua, qui agros confines habent, contendunt ut veteres fines declarentur, aut novi constituantur cum adjudicationibus, fructibus, et omni interesse. Est haec actio personalis, utpote oriens ex confusione finium, et ad factum divisionis tendens; habet tamen effectum reivindicationis, quatenus jubetur adversarium nobis restituere id quod ex nostro fundo possidebat (*L.* 1 *ff. h. t.*).

§ III.

Datur haec actio inter eos, qui agros confines habent, quique queruntur quod fines illorum agrorum sint confusi. Quod si sint praedia urbana, seu aedificia sese contingentia, haec actio cessat; nam illa aedificia parietibus a se invicem satis sunt distincta, ita ut limites eorum confundi nequeant (*L.* 4 § 10 *ff. h. t.*). Sanequamvis de ipsis aedificiis haec actio non competat, tamen competit de fundo super quo aedificatum est, si v. g. contendam te in aedificando limites fundi tui excessisse

(*L.* 2 *pr.*, *L.* 4 § 3 *ff. h. t.*). Haec actio etiam non datur, si inter meum fundum et tuum via publica aut flumen intermediet; via enim vel flumen efficit, ut non simus confines (*L.* 4 § *ult.*, *L.* 5 *ff. h. t.*); aliud tamen esset, si rivus privatus intercederet (*L.* 6 *ff. h. t.*). Hac actione agere possunt non tantum illi, qui domini sunt agrorum, sed etiam emphyteutae, fructuarii, item illi qui jure pignoris possident, et similes (*L.* 4 § 9 *ff. h. t.*).

Quid si plures fundum inter se communem habeant, an inter eos locus est huic judicio? Siquidem pro indiviso inter illos communis sit, clare patet huic actioni non posse esse locum, non enim partes separatas habent, sicque non potuerunt limites confundi, cum pars cujusque in intellectu tantum consistat (*L.* 4 § 5 et 6 *ff. h. t.*). Quod si a communione discedere velint, et separatas partes habere, non hac actione, sed communi dividundo agere eos oportet. Aliud est, si fundus inter ipsos pro diviso communis sit; nam tunc perinde est ac si plures essent fundi, quorum proinde nomine, si limites confusi sint, haec actio competit.

§ IV.

Huc spectat casus *L.* 4 § 7 *ff. h. t.*, qui hic est. Habeo tecum fundum pro indiviso communem: huic fundo adjacet alter fundus, cujus ego in solidum dominus sum: quaeritur an, si limites illorum fundorum sint confusi, possimus inter nos agere hoc judicio. Et id negat J. C.; ratio haec est, quod nemo possit agere contra seipsum, quod tamen in casu contingeret; nam agendo tecum finium regundorum actione, non tantum peto, ut tuae parti quam in fundo communi habes, limites ponantur; hoc enim est impossibile, cum tua pars sit incorporalis, et in intellectu tantum consistat; sed peto ut toti fundo communi limites ponantur, utque fundus communis discernatur a meo proprio fundo: sic videor agere adversus me ipsum ratione partis, quam in fundo communi habeo. Huic accedit quod in hoc judicio sententia magis feratur in ipsum fundum, quam in personam domini (*L.* 4 § 5 *ff. h. t.*); sic si in casu posito agerem hac actione, peterem sententiam ferri contra fundum in quo partem habeo, et ita contra meipsum agerem; hocque est quod vult J. C. in *L.* 4 § 7 dum ait, *quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur.*

Nec ad rem facit, quod haec actio dirigatur tota in personam, et sic quod agendo adversus socium, nullo modo possim videri agere adversus meipsum agere, cum persona socii mei prorsus a me sit distincta; nam, quamvis hoc verum sit, equidem mea intentio ipsum fundum communem afficit, cum per hanc actionem petam ut fundo communi limites ponantur, et, ut diximus, sententia, quae in hoc judicio fertur, potius afficiat ipsos fundos, quam eorum dominos; imo quodammodo inter ipsos fundos hoc judicium accipitur, ut loquitur J. C. in *L.* 4 § 8 *ff. h. t*; sic quatenus mea intentio fundum communem afficit, afficit etiam omnes dominos fundi, sicque intentio mea adversus me ipsum etiam dirigitur.

Obj. *L.* 27 *pr. ff. de serv. praed. urb.*, ubi hic casus proponitur. Habeo aedes tecum communes: his adjacent aliae aedes, quorum ego in solidum dominus sum. Dicit J. C. quod si tu v. g. ex aedibus communibus in meas aedes proprias tigna immittas, possim tecum agere actione negatoria jus tibi non esse tigna immittendi; ex quo sequi videtur nil etiam obstare in casu nostro, quominus tecum agam finium regundorum actione. Sed disparitas est, quod in casu objecto per meam actionem tantum intendam socio meo non esse jus tigna immittendi, et hoc tantum peto declarari a judice; nullo modo autem intendo mihi jus non esse tigna immittendi, ego enim jure meo id facere possum, nec ullo modo continetur in mea actione, ne per consequentiam quidem, quod id mihi non liceat; sic actio mea unice afficit personam socii. Sed in casu nostro peto ut tali fundo communi limites ponantur, sicque ratione partis quam in fundo communi habeo, contra meipsum ago. Sic etiam solve *L.* 14 § 1 *ff. si serv. vind.*

Sed an saltem in casu *L.* 4 § 7 *ff. h. t.* non dabitur utilis actio finium regundorum inter nos ex aequitate? Idem J. C. hoc negat, et certe ratio, quam diximus, efficit ut nequidem utili actioni locus sit; iterum enim contra me ipsum agerem; jam autem non magis possum utili actione contra meipsum agere, quam directa: deinde utilis actio non datur, nisi magna aequitas id postulet; jam autem nulla aequitas in casu postulat, ut utilis actio detur, cum adsit aliud remedium, quo uti possumus; possum enim proprium meum fundum vendere, et tunc cum emptore agere finium regundorum: vel possum vendere partem quam in fundo communi habeo, et tunc agere cum dominis fundi communis, ut proprius meus fundus a communi separetur: vel tandem possum communi dividundo agere cum socio meo, ut fundus communis inter nos dividatur, et tunc ratione partis ei assignatae agere finium regundorum.

§ V.

Finis hujus actionis est, ut veteres fines restituantur, vel judex novos constituat. Officium ergo judicis in hac actione in eo consistit, ut veteres fines reponat, si reperiri possint, illique non sint confusioni obnoxii: ut autem facilius veteres fines reponantur, inspiciuntur vetera monumenta, item libri censuales, quibus fides adhibetur, nisi probetur fines post confectionem istorum monumentorum, vel librorum censualium fuisse mutatos, alios-

quae assignatos (*L.* 11 *ff. h. t.*); mittuntur etiam agrimensores, qui de finibus cognoscant et referant (*L.* 8 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 3 *cod. eod.*). Si vero veteres fines reperiri nequeant, tunc judex novos ponit: idemque est, si veteres quidem fines reperiantur, sed sint tales, ut facile possint confundi, quo casu, ut facilius fundi a se invicem discernantur, et fines ponantur, judex quandoque partem unius fundi alteri fundo adjudicat, et in ejus compensationem dominum alterius fundi condemnat in certam summam pecuniae domino fundi, a quo pars illa adempta est, dandam (*L.* 2 § 1, *L.* 3 *ff. h. t.*, § 6 *inst. de offic. jud.*). Quod si unus fundorum de quibus agitur, vel uterque ad plures dominos pertineat pro indiviso, et judex adjudicationes facere velit, non assignabit cuique dominorum partem ex altero fundo, sed ipsi fundo certam partem alterius fundi adjudicabit, et in parte ista fundo communi adjudicata domini fundi communis acquirent partem pro indiviso eandem, quam in fundo communi habent (*L.* 4 § 5 *ff. h. t.*).

§ VI.

Quaeritur an huic actioni possit praescribi, et dicendum est posse ei praescribi lapsu triginta annorum, regula enim est omnibus actionibus personalibus triginta annis praescribi; et nominatim de hac actione id confirmatur in *L.* 1 § 1 *cod. de ann. except.*, item in *L. ult. cod. h. t.* Caeterum dum dicimus huic actioni posse praescribi, hoc sic intelligendum est, quod ei praescribi possit cum hoc effectu, ut, licet constet de veteribus limitibus, illique facile possint reponi, tamen agi amplius hac actione non possit, ut illi veteres fines reponantur. Ut autem haec praescriptio incipiat currere cum effectu, quem diximus, requiritur, ut quis fundum suum possideat usque ad certum terminum longius, vel aliter quam fines sese extendunt, et ita, si per triginta annos usque ad illum terminum aequabiliter fundum suum possederit, non poterit amplius cum eo hac actione agi, ut veteres fines reponantur, cum tunc huic actioni sit praescriptum. Caeterum quamdiu fines manent confusi, haec praescriptio non currit, adeo ut, licet per triginta annos fines manserent confusi, tamen adhuc hac actione agi posset, ut fines reponantur; etenim ex tali confusione discordiae et rixae orirentur, si non daretur remedium ad tollendam illam confusionem; et sic, si in casu praescriptum esset actioni finium regundorum, ita ut ea amplius agi non posset ad confusionem tollendam, praescriptio, quo introducta est ad sopiendas et extinguendas controversias, eas foveret, et ita contra se ipsam operaretur. Quod attinet *L. pen. cod. h. t* vide Huberum *h. t. n.*5, cujus sententia est probabilis.

In hac actione habetur ratio interesse (*L.* 4 § 1 *ff. h t.*), item in ea condemnatio fit ratione fructuum, quos v. g. unus confinium percepit ex illa parte, quam ex agro confinis sui possidebat, ut eum pe omnes fructus restituat, quos a tempore litis contestatae percepit: quod autem attinet eos quos ante litem contestatam percepit, condemnatur ad restituendos extantes, non vero consumptos, si modo bona fide eos perceperit (*L.* 4 § 2 *ff. h. t.*).

TITULUS II.

FAMILIAE ERCISCUNDAE.

§ I.

Secundum judicium divisorium est judicium, seu actio familiae erciscundae: definitur actio personalis quae datur inter coheredes discedere volentes a communione; tum ut res hereditariae dividantur, tum ut praestationes personales adaequentur. Itaque per familiam hic intelligitur hereditas, vel potius res hereditariae. Erciscere autem est vetus verbum, quod dividere significat. Actio haec personalis est, utpote oriens ex communione rerum hereditariarum; communio autem inter quasi contractus refertur ab imperatore in § 3 et 4 *inst. de oblig. quae quasi ex contr. nascuntur.*

§ II.

Inter quos detur haec actio patet: sed an qui agit, heredem se probare debet? Si is cum quo agit neget eum esse heredem, certe de eo prius inquirendum est, an coheres sit vel non; si enim coheres non sit, hoc judicium, quod tantum inter coheredes datur, procedere non potest: et quidem si is qui agere vult hac actione negetur coheres esse, tunc si partem ex qua heredem se esse dicit non

possideat, non hac actione agere debet, sed petitione hereditatis, per quam petet sibi restitui partem, ex qua se heredem esse dicit; et in ea probare debet se heredem esse, tuneque restituta sibi ea parte, hoc judicio agere potest ut res hereditariae dividantur: si vero possideat partem ex qua dicit se heredem, tunc non aget petitione hereditatis, cum haec non detur ei qui possidet, sed tunc judex coram quo agitur familiae erciscundae, si alter excipiat actorem non esse heredem, de hac exceptione cognoscet antequam divisionem faciat, et si constiterit eum heredem esse, ad divisionem procedet (*L.* 1 *§* 1 *ff. h. t.*).

§ III.

Cum hoc judicium tantum locum habeat inter coheredes, quaeritur an qui hac actione agit contra alium, fateatur eum quocum agit esse coheredem? Id negat J. C. in *L.* 37 *ff. h. t.*, ex quo textu aliqui negationem tollunt, sed sine ratione; nam licet hoc judicium non nisi inter coheredes detur, ex eo tamen non videtur sequi quod fatear adversarium meum esse coheredem meum, sed tantum sequitur quod eum supponam heredem: unde si ante hoc judicium finitum, vel antequam satisfecerim sententiae judicis, cognoscam errorem meum, et videam eum quocum egi non esse coheredem, non teneor ipsi cedere partem hereditatis, ex qua putabam eum heredem esse; et si possideat partem hereditatis vel res aliquas hereditarias, recte adhuc agam petitione hereditatis.

§ IV.

Sed quid, si jam inde satisfecerim sententiae judicis, v. g. cum essem heres ex asse, putarem te coheredem meum esse, egi tecum familiae erciscundae: judex res hereditarias inter nos divisit, mihique aliquas adjudicavit, et vicissim condemnavit me in certam summam pecuniae: an si illam pecuniam solverim, et postea cognoscam te non esse coheredem, eam repetere potero condictione indebiti? Negative; lex enim 36 aperta est: rationem aliqui hanc allegant, quod id ita obtineat ob auctoritatem rei judicatae, quae tanta est, ut quod in consequentiam ejus solutum est repeti nequeat, licet probaretur judicem male judicasse (*L.* 29 *§* 5 *ff. mand.*). Sed non esse hanc rationem decidendi in *L.* 36 *ff. h. t.* patet ex eo, quod J. C. dicat, judicium familiae erciscundae nullum fuisse, et sic cum sententia etiam nulla fuerit, non potest denegari condictio ex ratione allegata. Ratio autem, cur J.C. decidat pecuniam repeti non posse, est haec; quod, licet judicium nullum fuerit, pecunia tamen ex causa judicati fuerat soluta, quod sufficit ut non detur ejus repetitio: nempe apud Romanos erant quaedam causae, in quibus lis per inficiationem in duplum crescebat, seu dum quis ex tali causa conventus negabat causam illam processisse, loco simpli condemnabatur in duplum, si de contrario convinceretur; tales erant actio legis Aquiliae, depositum miserabile, etc.; inter illas causas erat etiam causa judicati, ut constat ex *Paulo lib.* 1 *sentent. tit.* 19. Jam autem qui ex tali causa solvebat, licet non processerit, et sic licet indebitum solveret per errorem, repetere tamen solutum per condictionem indebiti non poterat (*§. ult. inst. de oblig. quae quasi ex contr. nasc.*, *L.* 4 *cod. de cond. indeb.*). Cujus ratio erat, quod is non videretur simpliciter solvisse, sed transactionem inivisse cum eo cui solvit, seu solvisse ideo simplum, ut se liberaret a praestatione dupli: regula autem est, quod ea quae ex transactione soluta sunt, licet falsa causa occasionem transactioni praebuerit, repeti tamquam indebita non possint. Hanc fuisse veram rationem J. C. patet ex ejus verbis: *sed quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putet condemnatum*: praeterea patet ex eo, quod paulopost incipiat tractare alium casum, ubi nempe verus heres diviserat res hereditarias cum eo, quem putabat coheredem esse sine interventu judicis; dicitque tali casu eum repetere posse quae solvit, addens rationem, *non enim transactum inter eos intelligitur*; insinuat ergo quod in priori casu, ubi solvit cum putaret se condemnatum, videatur cum adversario transegisse.

Ex dictis sequitur, quod si casus hodie contingeret, heres posset repetere id quod in consequentiam sententiae judicis heredi putativo solvit, cum moribus nostris non dentur amplius causae, in quibus lis per inficiationem crescit in duplum; jam autem ratio, quare de jure romano repetere non poterat, erat, quod solutum esset ex causa, in qua lis inficiando crescebat in duplum, nempe ex causa judicati; haec ergo ratio cum hodie cesset, cessat etiam decisio *L.* 36 *ff. h. t.*

Nec ad rem facit, quod res judicata habeat hodie eandem vim ac de jure romano, nam hoc quidem verum est, sed, ut diximus, non erat ab auctoritatem rei judicatae quod heres solutum repetere non posset, judicium enim nullum erat; sed erat, quia solverat ex causa, quae per inficiationem crescebat in duplum, quae ratio cum hodie cesset, poterit per condictionem indebiti repetere quod solvit.

Obj. Quod si aliquis, qui non erat dominus, egisset reivindicatione et obtinuisset, sententia valeret; atqui tamen sicuti judicium familiae erciscundae non datur nisi inter coheredes, ita reivindicatio non datur nisi domino; ergo si in casu valeat sententia, quamvis actor non sit dominus, videtur etiam in casu nostro sententia debere valere, licet adversarius non sit cohores. Sed disparitas est, quod in reivindicatione hoc ipsum in discep-

Digitized by Google

tationem veniat an aeter sit dominus, nec ne, et in casu per sententiam declaratum est ipsum esse dominum, quae sententia in rem judicatam transiit, aicque pro veritate habetur. Sed in nostro casu non est disceptatum an alter esset coheres, nec ne, nec de eo judex cognovit ant decidit; hoc tantum fuit suppositum, quod suppositum, eum jam reperiatur falsum, apparet judicium, utpote huic supposito innixum, nullum esse. Sed quid de rebus hereditariis, quas judex falso heredi assignavit, quasque verus heres in consequentiam sententiae ei tradidit? Has non repetet per condictionem indebiti, sed pro illis reivindicatione vel petitione hereditatis aget: ratio est, quod per illam traditionem a vero herede in consequentiam sententiae factam, dominium in accipientem non sit translatum, sed non obstante illa traditione, tradens dominus mansit; etenim ut quis dominium per traditionem transferat, requiritur ejus voluntas transferendi; in easu autem non habebat voluntatem transferendi dominium; nempe, cum putaret sententiam judicis valere, et adjudicationes recte factas esse, putabat alterum jam inde factum dominum rerum, quas ipsi tradebat, eum notum sit dominium a judice in judiciis divisoriis per adjudicationem transferri ipso jure sine traditione; cum ergo putaret alterum jam inde dominum esse, non habebat voluntatem dominium in ipsum per traditionem transferendi (*L.* 3 § 8 *ff. de cond. causa data etc.*); si igitur dominium non transtulerit, competit ei tanquam domino reivindicatio.

§ V.

Actio haec, ut diximus, datur coheredibus, cui addendum quod etiam detur, saltem utilis, illis qui quidem heredes non sunt, sed tamen loco heredum sunt, v. g. fideicommissariis universalibus: sic si heres ex asse rogatus sit hereditatem restituere Titio et Maevio, eamque restituerit, inter Titium et Maevium huic actioni locus erit: sic etiam datur inter heredem et fideicommissarium universalem, v. g. si heres institutus sim, et rogatus partem Titio restituere, inter me et Titium locus est huic actioni: idemque est, si totam hereditatem restituere Titio rogatus sim; cum enim quartam detrahere possim, tres quartas tantum restituam, et tunc cum Titio agere possum hoc judicio (*L.* 40, *L* 2 § 1 *ff. h. t.*).

§ VI.

Quid si unus coheredum, inter quos dividi debent res hereditariae, sit pupillus vel minor, an hoc judicio agere potest, vel an alii eum eo agere possunt? Si in hereditate tantum reperiantur res mobiles, tunc minor vel pupillus non solum a coheredibus ad hoc judicium potest provocari, sed etiam ipse alios provocare potest, modo tamen utroque casu accedat tutoris auctoritas vel curatoris consensus. Si vero in hereditate reperiantur res immobiles, tunc ipse minor vel pupillus nequidem cum auctoritate tutoris vel curatoris ad hoc judicium provocare potest, sed ulterius opus est decreto praetoris: ratio est, quod per orationem divi Severi relatam in *L.* 1 § 2 *ff. de reb. eor. qui sub tut.*, minor non possit sine tali decreto res suas immobiles alienare; jam autem hoc judicium tendit ad divisionem rerum communium; dividere vero est alienare, nam minor partem suam pro indiviso, quam habebat in rebus hereditariis, per sententiam judicis amittit, et ejus loco aliud consequitur, nempe partem pro diviso, vel certam summam pecuniae: si itaque res immobiles in hereditate sint, juxta orationem debet intervenire decretum. Quamvis autem pupillus vel minor ad hoc judicium provocare nequeat sine decreto praetoris, si in hereditate sint res immobiles, potest tamen a coheredes suo provocari sine decreto; nam divus Severus interdixit tantum alienationes voluntarias, non vero illas, quae ex necessitate fiunt, qualis est illa quae fit ab eo qui hoc judicio provocatur, eum invitus judicium suscipiat (*L.* 1 § 2 *ff. de reb. eor. qui sub tut.*). Ex dictis sequitur quod si omnes coheredes sint minores vel pupilli, hoc judicio inter eos agi non possit, eum nemo sit qui alterum provocare possit (*L.* 7 *pr. ff. de reb. eor. qui sub tut.*).

§ VII.

Hoc judicium ad duo tendit, nempe primo ut res hereditariae dividantur, et secundo ut praestationes personales adaequentur. Veniunt itaque in hoc judicium omnes res hereditariae communes, idque ut a judice dividantur, exceptis tamen aliquibus, quae recensentur in *L.* 4, § 1, 2 *et* 3, item *L.* 30 *ff. h. t.* Judex ergo has res inter heredes dividere debet, ut quisque habeat partem pro diviso loco partis pro indiviso: quod si commode dividi nequeant, tunc debet totas adjudicare uni, eumque condemnare in certam summam pecuniae alteri dandam, vel in earum compensationem, alias quoque res hereditarias integras alteri adjudicare. Aliae autem res quae hereditariae non sunt, sed ad unum ex heredibus spectant, in hoc judicium nullo modo veniunt, quapropter judex de iis disponere nequit: sic non potest efficere ut, dum fundum hereditarium uni totum adjudicat, fundus ille serviat fundo non hereditario, aut viceversa; fundus enim ille non hereditarius in judicium deductus non est, adeoque judex nec imponere ei servitutem potest, nec acquirere (*L.* 18 *ff. comm. divid.*); sic etiam dum judex fundum hereditarium uni adjudicat, alium alteri, potest quidem servitutem uni imponere in favorem

alterius, sed id facere debet in ipsa adjudicatione: si enim jam inde adjudicaverit fundum uni, nulla montione facta de servitute, postea amplius servitutem ei imponere nequit; desiit enim fundus adjudicatus potestati ejus esse subjectus (*L.* 22 § 3. *ff. h. t.*).

§ VIII.

Ex eo quod in hoc judicium non veniant nisi res hereditariae, sequitur decisio *L.* 25 § 8 *ff. h. t.*, cujus hic est casus. Cum ego et tu heredes essemus Titii, et Sempronius possideret fundum aliquem, quem dicebas hereditarium esse, tamquam heres pro semisse medietatem illius fundi a Sempronio petivisti, sed in judicio victus fuisti: mox ego partem, quam tu petiveras, a Sempronio emi, alteram autem partem istius fundi Sempronius citra controversiam mihi tamquam heredi restituit, sicque jam consecutus sum totum fundum; quaeritur an si agamus inter nos familiae erciscundae, illo fundus in hoc judicium veniat. Et decidit J. C. nullam partem ejus fundi in hoc judicium venire, neque partem quam emi, neque eam quae mihi ut heredi pro parte fuit restituta: ratio est, quod in judicio quod inter te et Sempronium fuit, judicatum sit illum fundum hereditarium non esse; nam dum illius fundi partem petebas a Sempronio, in eo te fundabas, quod ille fundus totus hereditarius esset, et sic quod tibi, tamquam pro parte heredi, pars ex illo fundo competeret; dum ergo judicatum fuit tibi non competere partem ex illo fundo, etiam judicatum fuit illum fundum hereditarium non esse; et sic, cum res judicata pro veritate habeatur, respectu tui idem est, ac si ille fundus hereditarius non esset; jam autem si hereditarius non esset, certe in hoc judicium non veniret. Si itaque agens mecum familiae erciscundae contendas illum fundum in hoc judicium venire debere tamquam hereditarium, recte te repellam exceptione rei judicatae, quod inter te et Sempronium judicatum sit fundum illum non esse hereditarium.

Poterat tamen videri obstare quod, ut objici possit exceptio rei judicatae, requiratur ut agatur iterum inter easdem personas, de eadem re, et ex eadem causa; hic autem non sunt eaedem personae; primum enim judicium fuit inter te et Sempronium, judicium autem familiae erciscundae est inter me et te, et sic videbatur dicendum, me non posse tibi objicere exceptionem rei judicatae: sed quamvis jam non agatur inter easdem personas in individuo, idem tamen est ac si inter easdem personas ageretur; nam exceptiones reales, qualis est exceptio rei judicatae, quae competunt auctori, transeunt in ejus successorem (*L.* 9 § 2, *L.* 11 § 3 *ff. de except. rei jud.*): sicque, cum auctori meo Sempronio exceptio rei judicatae pro isto fundo competat contra te, eadem exceptio mihi ejus successori in isto fundo competit.

Obj. Quod exceptio rei judicatae non possit opponi, si ex diversa causa agatur, quam ex qua prius actum fuit; hic autem videris agere ex diversa causa, antea enim fundum a Sempronio petiveras petitione hereditatis, nunc autem agis familiae erciscundae; et sic videtur, quod non possim tibi objicere exceptionem rei judicatae. R/. Quod licet nunc alia actione agas, quam qua prius egeras, semper tamen verum est te ex eadem causa agere; nempe dum agebas contra Sempronium, causa petendi erat quod ille fundus hereditarius esset; nunc vero dum contra me agis, iterum te fundas in eo quod ille fundus hereditarius sit, et sic ex eadem iterum causa agis, licet diversa actione; nil enim obstat quominus ex eadem causa oriantur duae diversae actiones, ut patet in furto, ex quo oritur actio furti et condictio furtiva.

Obj. Suppone quod quis aliquam rem petat rei-vindicatione, quod quo litem amittat; si illo postea pro eadem re contra eundem agat actione commodati, non repelletur exceptione rei judicatae; ergo etiam non videor posse repellere te exceptione rei judicatae in casu posito; antea enim contra Sempronium egeras actione reali, nunc contra me agis actione personali familiae erciscundae eodem modo ac in casu objecto. Sed disparitas est, quod in casu objecto, dum agit actione commodati, ex diversa plano causa agat, quam ex qua prius egerat; prius enim se fundaverat in dominio, nunc in contractu commodati, et licet in priori judicio judicatum sit eum non esse dominum, inde non sequitur quod eam rem non commodaverit. Sed in casu nostro ex eadem omnino causa agis in utroque judicio; nam fundamentum tuum in utroque judicio est quod fundus ille sit hereditarius.

§ IX.

Diximus omnes res hereditarias communes in hoc judicio venire, sed an etiam nomina et actiones? Negative; ratio est quod actiones tam passivae, quam activae jam inde inter heredes sint divisae statim ab adita hereditate, nempe per *L.* 12 *tabb.* sic communes non sunt inter heredes, et sic etiam judice opus non est ut dividantur: quamvis autem actiones directe in hoc judicium non veniant, officium tamen judicis ad eas quandoque etiam competit, et sic indirecte tunc veniunt in hoc judicium, non quidem ut dividantur, sed ut totae uni adjudicentur, quatenus nempe exactio debiti per partes non minima habet incommoda (*L.* 3 *ff. h. t.*). Itaque si defunctus debeat centum Titio, et relinquat duos heredes, hoc debitum statim ab aditione hereditatis est inter eos divisum, ita ut quisque debeat quinquaginta Titio, sed potest judex hoc debitum uni totum injungere.

Notandum tamen quod haec adjudicatio uni beredum facta, nullo modo praejudicet creditoribus; sic in casu posito, licet judex totum debitum uni beredum adscripserit, Titius tamen creditor utrumque heredem pro parte recte conveniet; nam statim ac uterque heres adivit bereditatem, Titius acquisivit actionem contra singulum heredem pro parte hereditaria; jam autem judex jus Titio quaesitum non potuit auferre, cum res inter alios acta vel judicata aliis non debeat obesse; poterit itaque Titius aeque ac ante convenire heredem quemcumque ad quinquaginta: quod si boc fecerit, et alter heres sua quinquaginta solvere coactus fuerit, poterit id quod solvit repetere ab eo, cui totum debitum a judice fuerat injunctum. Sed an Titius in casu non potest illum heredem, cui totum debitum adjudicatum est, ad totum debitum convenire? Negative; is enim cum Titio nil egit, sed cum coberede suo, per quem Titio actio acquiri non potest, cum jure romano alteri per alterum non possit acquiri: nec etiam per adjudicationem a judice factam ullum jus Titio est acquisitum; res enim inter alios acta uti aliis non nocet, ita nec prodest: itaque Titius illum heredem non nisi pro parte sua hereditaria convenire potest.

Quid jam, si judex uni heredum adjudicet nomen activum, v. g. cum defuncto deberentur centum, judex illam actionem uni adjudicat? Tali casu ille, cui adjudicata est, nomine quidem proprio actionem tantum pro parte exercere poterit, pro qua heres est, sed cogentur alii heredes oi cedere partem, quam in illa actione babent, et tunc actionibus cessis, tota centum petet, partim suo nomine, partim procuratorio seu nomine coheredum: quinimo pro parte coberedum, licet illi non cesserint suas actiones, utili actione agere potest; dum enim quis alterum cogere potest ut sibi actiones cedat, tum lex, etiamsi cessa non sit actio, dat ei, cui cedi debebat, utilem actionem.

§ X.

Hoc judicium tendit ad boc ut praestationes personales adaequentur: compilatores digestorum per praestationes personales intelligunt eas, quae non immediate ex rebus bereditariis proveniunt, sed ex facto unius ex coheredibus, ratione cujus aequum est ut caeteris aliquid praestet, vel ei a caeteris aliquid praestetur: itaque primo, si quis coberedum damnum dederit rebus hereditariis, idque dolo vel culpa, cogitur ille hoc damnum pro parte, quam coheredes in illis rebus habent, resarcire: secundo, si quis coberedum ex rebus bereditariis lucrum perceperit, partem illius lucri cogitur coberedibus restituere: tertio, si unus impensas fecerit in res bereditarias communes, partem earum impensarum a coheredibus suis poterit repetere. Caeterum quod attinet casum, ubi quis impensas fecit in rem communem, aut ubi aliquid de suo gerens negotium commune expendit, potest quidem is partem a coheredibus repetere, sed pro qualitate negotii diversa actione uti debebit; aliquando enim pro illis expensis potest coberedem convenire familiae erciscundae, si nempe negotium quod gessit sit individuum, aliquando negotiorum gestorum actione, si nimirum negotium sit dividuum. Negotium individuum vocamus, quando unus heres pro sui solius parte utiliter gerere non poterat, nisi simul gereret pro parte alterius: exemplum est, si defunctus fundum hypothecae dederit pro mille, si enim tunc unus heredum tota mille solvat, ille gessit negotium individuum; nam ille heres liberatus quidem fuisset, si tantum id solvisset, quod pro parte sua hereditaria debebat, sed tamen per hanc solutionem fundum non liberasset ab onere hypothecae, imo nequidem partem quam in illo fundo habet, liberasset; conditio enim pignoris est individua, hoc est pro nulla parte pignus vel hypotheca liberatur, quandiu aliquid solvendum remanet ex debito, pro quo bypotheca fuit constituta: itaque heres in casu non poterat pro sua parte tantum solvere debitum illud ad hunc effectum, ut pars, quam in illo fundo habebat, ab onere hypothecae liberaretur, sed solvere debebat totum debitum, etiam pro parte coheredum; solvendo ergo totum debitum, gessit negotium individuum (*L.* 25 § 14 *ff. h.t.*). Aliud exemplum est, si defunctus promiserit centum certo die dare, et nisi dederit, poenam v. g. quinquaginta promiserit; licet enim unus heredum partem suam solvisset ex illis centum, si alter non solvat, poena in totum committitur, etiam ejus qui solvit, nam poena promissa est sub conditione si centum non solverentur; jam autem licet pars centum soluta sit, verum est dicere centum non esse soluta, et sic conditio stipulationis poenalis existit, et consequenter quisque heres ad poenam pro parte sua hereditaria tenetur. Si itaque in casu unus beredum tota centum solverit, is gessit negotium individuum, quia non poterat pro parte sua tantum solvere ad hunc effectum, ne poena committeretur pro sua parte, sed necesse habebat totum debitum solvere (*L.* 25 § 13 *ff. h. t.*); dum autem gessit quis negotium individuum, dicimus locum esse actioni familiae erciscundae, non vero negotiorum gestorum: ratio est, quod ut quis agere possit actione negotiorum gestorum, debeat negotium gessisse contemplatione alterius, sed in casu illud gessit contemplatione sui. Aliud est, dum negotium est dividuum, v. g. si dum defunctus certam summam debebat sine pignore aut poena, unus heredum totam illam solverit; tunc enim id quod solvit pro parte aliorum ab illis repetet actione negotiorum gestorum; nam tunc, cum posset pro sua parte negotium utiliter gerere, absque eo quod pro parte coheredis boc gereret, et s c, cum nullam necessitatem haberet id pro parte cohere-

dis gerendi, non potest videri partem coheredis gessisse sui coetemplatione.

Sed quid interest, ntrum pro eo quod nnus coheredum gessit agatur actiooe negotiorum gestorum, an vero familiae erciscnodae? Quod in actione negotiorum gestorum praestetur omnis culpa, ubi in familiae erciscundae taotum culpa levis.

Quod diximus pro negotio dividuo competere actionem negotiorum gestorum, non vero familiae erciscundae, probatur per *L.* 41 *ff. de reb. cred.*, ubi debitores hereditarii Sticho, cui ex mandato creditoris jussi erant solvere, solverant post mortem creditoris, cum ignorarent eum mortunm esse; Stichus ille pro parte heres scriptus erat a domino suo, et sic recipiendo totum debitum, quod jam erat divisum inter omnes heredes, gesserat negotium dividuum: dicit J. C. quod coheredibus, ad repetendam partem illius debiti Sticho in totum soluti, competat negotiorum gestorum actio, non vero familiae erciscundae; idem vide in *L.* 40 *ff. de neg. gest.*; quod autem pro negotio individuo ab uno ex heredibus gesto competat actio familiae erciscundae, probat *L.* 25 § 13, 14 *et* 15 *ff. h. t.*

Sunt qui contendunt, dum negotium est individuum, esse in electione actoris an agere velit familiae erciscundae, an vero negotiorum gestorum; sed hi aperte refelluntur per *L.* 25 § 16 *ff. h. t.*

Obj. *L.* 18 § 1 *cod. h. t.*, ubi dicitur quod sumptus ab uno herede in communi hereditate facti *familiae erciscundae judicio, vel negotiorum gestorum actione servari possint.* ℟. Ex eo non sequitur quod imperatores io ea lege dent ei electionem qua actione agat pro illis sumptibus, sed hoc tantum sequitur, quod possit alterutra agere, nempe pro qualitate negotii, ut si dividuum sit agat negotiorum gestorum, si individuum, familiae erciscundae.

Obj. *L.* 3 *cod. de neg. gest.*, ubi nnus coheredum solverat totum debitum, quod sub pignore erat, sicque gesserat oegotium individuum: dicunt imperatores, quod possit agere negotiorum gestorum vel familiae erciscnndae. ℟. Iterum in hac lege non datur electio heredi qua actione agat, sed taetum datur facultas agendi alterutra, nempe pro circumstantiis facti; etenim, cum judicio familiae erciscundae taotum semel agi possit, ut diciter in *L.* 20 § 4 *ff. h. t.*, sequitur quod si jam iode eo actum sit, coheres non possit agere hoc judicio ut sumptus repetat, licet negotium individuum gessisset; unde tali casu, cum iniquum esset ut hos sumptus perderet, ex aequitate data est ei actio utilis negotiorum gestorum, cum directa ei non competeret: sic imperatores in *d. L.* nil aliud volunt, quam quod coheres sumptus repetere possit negotiorum gestorum actione, vel familiae erciscundae; priori quidem, si jam inde actum sit familiae erciscundae, posteriori, si nondum ea actum sit, et sic nullo modo ponunt in electione actoris qua agat actione.

§ XI.

Judex in his judiciis, dum divisionem instituit, ante omnia prae oculis habere debet voluntatem defuncti, eamque in divisione seqni, praecipue si agatur de hereditate parentis inter liberos dividenda; parentis enim voluntas quacumque ratione manifestata servanda est (*L. ult. cod. h. t.*). Hinc si defunctus ipse bona sua diviserit inter heredes, haec divisio sequenda est, et quidem si omnia diviserit, cessat judicium familiae erciscendae: quod si aliqua tantum testator diviserit, reliqua judex dividet, ita ut in illa divisione ratioeem habeat partis, ex qua testator quemque iestituit heredem, licet forte testator in bonis, quae ipse divisit, illam proportionem non servaverit; ex eo enim quod ex bonis, quae ipse divisit, uni partem assignaverit valentem duplo plus quam pars alteri assignata, non sequitur quod juxta eam proportionem voluerit reliqua bona inter eos dividi, sed potius ea dividere voluit pro partibus hereditariis, sicque judex pro partibus hereditariis illa dividet (*L.* 32 *ff. h. t.*).

Nec obstat *L.* 21 *cod. h. t.*, ubi dicitur quod judex booa a testatore non divisa pro partibus virilibus seu aequalibus dividere debeat inter heredes; oam ibi agitur de casu, ubi heredes ex partibus aequalibus erant instituti, vel de casu, ubi simpliciter instituti eraet sine partibus, quo casu partes aequales habent.

§ XII.

Quid jam, si res in divisione hereditatis uni assignata ab eo evincatur, ae ille poterit coevenire suos coheredes actione de evictione, ut indemnis servetur? Imprimis si divisionem ipsi coheredes inter se fecerint, vel a judice divisio facta sit, certe illo a quo res evicta est habet actionem de evictione contra suos coheredes; etenim actio de evictione locum habet, quaodo res titulo oneroso in aliquem traeslata est, et ab eo evicta; jam autem heres eam rem titulo oneroso habet, cum in compensationem illius rei ei assignatae aliqua alia res ejusdem valoris assignata sit ejus coheredi, vel pro ea coheredi suo certam summam dare coactus sit, sic coheredes in divisione ad hoc se obligaveruot, ut res cuique assignata penes eum remaneat, et nisi remaneat, ut iodemnitatem praestent, hocque multo magis dicendum est, ubi judex hereditatem divisit; ejus enim officio incumbit, ut jubeat coheredes sibi invicem cavere de evictione, ex qua cautione tunc iovicem actiones resultant (*L.* 25 § 21 *ff. h. t.*). Quod si testator ipse uni ex heredibus aliquam rem assignaverit, eaque cum aliena esset, per domineum evicta sit ab eo cui erat assignata, tunc, cum ista assignatio habeat vim prae-

legati, siquidem testator putaret rem suam esse, nullam actionem habet is, cui res illa assignata erat contra coheredes, quoniam nempe praelegatum erat nullum, juxta regulam quod legatum rei alienae nullum sit, si testator ignoret esse rem alienam (*L.* 77 § 8 *ff. de leg.* 2): quod si testator scivérit rem esse alienam, non habebit quidem actionem de evictione contra coheredes, cum actio de evictione non detur pro re ex titulo lucrativo acquisita, sed aget contra eos actione ex testamento ad consequendam aestimationem rei sibi legatae, prout juris est, dum res aliena a testatore sciente legatur, eamque dominus non vult vendere.

Quod diximus, nullam actionem dari ei cui testator rem praelegavit, cum putaret suam esse, si ea evicta sit, exceptionem patitur in patre, qui bona inter liberos dividit; si enim tunc res uni assignata ab eo evincatur, ille non cogetur res coheredibus suis assignatas restituere, nisi et ipsi parati fuerint ei praestare aestimationem rei evictae pro partibus suis hereditariis (*d. L.* 77 § 8 *ff. de leg.* 2): ratio est quod tunc non sit simplex praelegatum, sed pater divisionem inter ipsos fecit, et in compensationem illius praelegati etiam aliis liberis alias res totas assignavit; unde, cum praesumptio semper sit patrem velle aequalitatem inter liberos servare, ex voluntate patris alii cogentur pro sua parte aestimationem refundere rei evictae ei, a quo evicta est.

§ XIII.

Nunc videamus casus, quibus cessat hoc judicium Et primo quidem cessat, si tota hereditas consistat in nominibus et actionibus (*L.* 25 § 1 *ff. h. t.*). Secundo cessat juxta eandem legem, si miles instituerit unum heredem ex bonis castrensibus, et alium in bonis paganicis, tunc enim videntur duae diversae hereditates a se invicem omnino distinctae, quasi a duobus diversis hominibus relictae, ita ut inter illos heredes nulla sit communio (*L.* 17 § 1 *ff. de test. mil.*). Tertio, si testator ipse omnia sua bona inter heredes diviserit. Quarto cessat, si jam sit semel eo actum, non enim plus quam semel eo agi potest: ratio est, quod hoc judicium non detur nisi pro communi hereditate; jam autem, dum semel eo actum est, et sic per judicem hereditas divisa est, illa communio esse desinit; et licet forte aliquae res hereditariae indivisae adhuc manserint, illae tamen non constituunt hereditatem, et sic dici amplius nequit hereditatem communem esse, sed tantum aliquas res singulares communes esse, sic pro illis rebus communibus non familiae erciscundae, sed communi dividundo agi debet (*L.* 20 § 4 *ff. h. t.*).

§ XIV.

Sed quare possum saepius cum eodem agere petitione hereditatis, et non possum saepius cum eodem familiae erciscundae agere, cum tamen utraque actio sit universalis, seu de hereditate? Disparitas est, quod petitio hereditatis sit quidem universalis, sed ex parte actoris tantum, non vero ex parte rei; nam per eam contendit quidem actor se esse heredem, et proinde sibi restituendas esse omnes res hereditarias, sed tamen reus non condemnatur ultra quam possidet (*L.* 10 § 1 *ff. de hered. pet.*); unde cum facile fieri possit ut, posquam reus in vim sententiae restituit res hereditarias quas possidebat, incipiat iterum alias possidere, illas iterum per petitionem hereditatis petere heres non prohibetor. Sed in judicio familiae erciscundae ex utriusque parte contenditur ad divisionem omnium rerum, non tantum illarum quae ab heredibus possidentur, sed omnium quae hereditariae sunt, a quocumque possideantor, ita ut omnes omnino res hereditariae in hoc judicium veniant.

§ XV.

Cessat quoque hoc judicium, si ei praescriptum sit: praescribitur autem huic judicio quoad praestationes personales, si a tempore quo coeperunt heredes ad praestationes personales sibi invicem obligati esse, effluxerint triginta anni, juxta generalem regulam quod omni actioni personali triginta annis praescribatur: sed an alteri parti hujus judicii, quae est de divisione rerum, etiam praescribi potest? Affirmative, si nempe ponamus quod heredes per triginta annos continuo et aequabiliter res hereditarias possederint, non quasi communes, sed ita ut quisque res quas possidet tamquam ad se solum spectantes possederit: aliud est, si forte per triginta annos semper res quasi communes possederint; eo enim non obstante ad earum divisionem agi poterit, alias enim in perpetua communione manere deberent; communio autem, si nullum remedium esset ab ea recedendi, esset mater discordiarum; sic, si praescriptione posset effici ut heredes in communione manere deberent, praescriptio, quae est introducta ad finiendas lites, illas induceret, et sic adversus se ipsam operaretur.

§ XVI.

An coheredes pacisci possunt ne unquam hoc judicio agatur, sed ut in perpetua communione maneant? Negative; tale pactum nullius momenti esset (*L.* 14 § 2 *ff. comm. divid.*); est enim bono publico contrarium, cum communio perpetua sit nata producere multa jurgia et lites; pacta autem bono publico contraria a jure reprobantur: praeterea nulla conventio vires habet, nisi paciscentium intersit; jam autem nil interest coheredum, ut in perpetuo remaneant communione; contra interest potius ipsorum a communione recede-

Digitized by Google

re, cum res communes ordinarie non tam bene administrentur; sic, non obstante hoc pacto, semper hoc judicio agi poterit. Ex eadem ratione non valet praeceptum testatoris, si caveat in suo testamento ne heredes unquam ad divisionem procedant.

Nec obstat *L. ult.* § 3 *ff. de leg.* 2; nam ibi testator non praeceperat ut in communione remanerent, sed tantum voluerat ut uxor ejus et filia bona sua propria inter se communicarent; non autem dixerat quod illa bona communia manere deberent; nec etiam in illa lege dicitur quod bona illa communia debeant manere.

Sane quamvis non valeat pactum, nec praeceptum testatoris, ut in perpetua communione heredes maneant, valet tamen ut ad tempus maneant in communione; licet enim talis communio etiam possit occasionem litibus praebere, non tamen erat sufficiens ratio tale pactum improbandi; alias enim omnis communio, item societas improbanda foret, cum multae lites inde oriri soleant; sic ratum est tale pactum vel praeceptum, cum variae rationes esse possint, propter quas expediat ut a communione ante certum tempus non recedatur (*d. L.* 14 § 2 *ff. comm. divid.*).

Tandem notandum, quod si coheredes inter se sine judice res hereditarias diviserint, et unus laesus sit, possit divisio rescindi (*L.* 3 *cod. comm. utriusq. jud*), ubi verbum *perperam* denotat laesionem; non tamen ob quamcumque laesionem haec rescissio videtur admittende, sed ita tantum, si ultra dimidium laesio sit (argumento *L.* 2 *cod. de rescind. vend*).

TITULUS III.

COMMUNI DIVIDUNDO.

§ I. Definitur hoc judicium.
§ II. Casus quibus datur utilis actio communi dividundo.
§ III. An hoc judicio agi possit pro arbore, quae est in confinio duorum fundorum.
§ IV. Quibus constet hoc judicium.
§ V. Quid si impensas fecerim in fundo communi, quem credebam totum ad me pertinere, an impensas illas recuperare potero.
§ VI. Divisio, quae in hoc judicio fit, juri tertii non praejudicat.
§ VII. Exponitur *L.* 31 *ff. de usu et usuf. leg.*
§ VIII. Item *L.* 13 § 17 *ff. de act. empt.*
§ IX. Item *L.* 19 § 1 *ff. h. t.*
§ X. Quomodo differt hoc judicium ab actione pro socio.

§ I.

Tertium judicium divisorium est communi dividundo, quod in eo differt a praecedenti, quod in judicio familiae erciscundae agatur de hereditate communi, in hac autem agitur de rebus singularibus communibus. Actio communi dividundo definitur actio personalis, quae datur inter eos, qui rem singularem vel etiam plures habent inter se communes ut dividantur, et praestationes personales adaequentur. Datur inter eos, qui habent rem communem, seu ad quos dominium rei pro indiviso pertinet, sive possideant rem, sive non (*L.* 30 *ff. h. t.*): aliis autem quibusdam, qui domini non sunt, ut a communione recedant, directa quidem actio communi dividundo non competit, sed utilis ex aequitate datur, ut bonae fidei possessoribus, fructuariis, creditoribus pignoratitiis, emphyteutis (*L.* 7 *pr.* § 2, 6, 7, 8 *ff. h. t.*).

§ II.

Ex eo quod requiratur ut res communis sit, sequitur quod, licet fuerit communis, modo tamen nunc amplius communis non sit, huic actioni non sit locus: quid ergo si, cum fundus inter nos communis esset, ego partem meam alienaverim, an non possum amplius tecum hoc judicio agere pro praestationibus personalibus, v. g. impensis, quas feci tempore quo inter nos erat communis? Cum hic actio directa communi dividundo deficeret, ex aequitate data est utilis actio pro praestationibus illis personalibus (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*), nempe durum esset si impensas v. g. quas feci, perdere deberem; cum autem nulla alia actio competat, qua istas impensas repetam (supponimus enim rem sine societate communem fuisse), utilis actio pro hoc casu fuit introducta: sic etiam utilis actio data est pro praestationibus personalibus casu quo res, quae inter nos communis fuit, periit (*L.* 11 *ff. h. t.*).

§ III.

An hoc judicio agi potest pro arbore, quae est in confinio duorum fundorum? Quamdiu illa arbor fundo cohaeret, agi nequit hoc judicio, quia nempe arbor ista communis non est inter dominos illorum fundorum, sed quisque dominus in illa arbore partem separatam habet pro diviso, nempe pro regione cujusque praedii, ita ut pars quae premit unum fundum ad dominum illius fundi spectet, pars quae premit alterum, ad dominum alterius (*L.* 19 *pr. ff. h. t.*): sic cum haec actio non detur, nisi pro rebus quae sunt communes pro indiviso, pro hac arbore non dabitur: praeterea cum arbor cedat fundis illis pro ratione radicum, quae utrumque fundum premunt, judex per suam divisionem aut adjudicationem facere non posset, quominus quisque dominus eandem partem in arbore retineret, quam antea habebat; nam non obstante divisione vel adjudicatione facta, arbor illa fundo cohaerens adhuc maneret accessio utriusque fundi, et sic pars, quae ante adjudicationem ad dominum cujusque respective fundi jure accessionis pertinebat, adhuc eodem jure ejus maneret. Aliud est,

Digitized by Google

si arbor jam scissa esset aut eruta; tunc enim incipit communis esse utriusque domini pro indiviso, ita ut partes, quas antea pro diviso separatas habebant, confundantur, et sic recte de hac arbore communi dividundo agi potest (*L.* 19 *pr. ff. h. t.*).

Ut haec actio locum habeat non inquiritur, an res communis sit ex conventione, an sine conventione: priori tamen casu, cum societas sit contracta, non tantum haec actio competit, sed etiam actio pro socio, quae tamen actiones inter se multum differunt, et ad diversos fines tendunt.

§ IV.

Judicium communi dividundo eodem modo ac familiae erciscundae duobus constat, rebus nempe et praestationibus personalibus, ut nempe hae adaequentur, illae dividantur: eademque distinctio adhibenda est pro negotio communi ab uno ex dominis gesto, quam fecimus in praecedenti titulo, ut siquidem negotium fuerit individuum, competat communi dividundo actio, si dividuum, negotiorum gestorum (*L.* 6 § 2 *ff. h. t.*).

§ V.

Quid si impensas fecerim in fundo, quem putabam totum ad me spectare, cum tamen esset communis inter me et Titium, an partem impensarum quas feci, per hanc actionem a Titio repetere possum? Nullam actionem pro illis impensis habebo (*L.* 14 § 1 *ff. h. t.*), ubi J. C. hunc casum tractans dicit, me retentionem tantum habere; si retentionem tantum habeam, ergo actionem non habeo. Idem clarius adhuc deciditur in *L.* 29 *ff. h. t.*; ratio est quod, ut actionem quis habeat ad repetendum id, quod in alterius negotium impendit, requiratur ut impenderit animo alterum sibi obligandi; alias sola gestio negotii actionem non producit, cum illa gestio operari non debeat ultra intentionem gerentis; itaque nisi gerens, dum gerit, habeat animum alterum sibi obligandi, et actionem contra eum acquirendi, nulla ei nata est actio; jam autem in casu, cum putarem meum fundum totum esse, non habui animum obligandi eum, ad quem pars illius fundi spectabat; ergo etc. Nec ad rem facit, quod aequum non sit ut impensas illas perdam pro parte, pro qua Titius dominus erat, ne alias locupletetur cum mea jactura; etenim sola aequitas non sufficit ut detur actio, sed ut ex aliquo actu acquirimus actionem, requiritur ut eo animo actum posuerimus, ut ex eo actionem acquirere voluerimus: sic, si tota res in quam impendi aliena esset, cum putarem meam esse, manifeste decisum est me non habere actionem (*L.* 48 *ff. de reivind.*). Sane illa aequitas hoc efficit, ut si in casu Titius mecum agat communi dividundo, aut partem quam in fundo habet petat reivindicatione, possim ipsum repellere exceptione doli mali, nisi paratus sit impensas restituere, sic aequitas, quae non sufficit ut actio detur, efficiet ut retentionem rei pro impensis consequendis habeam (*d. L.* 14 § 1, *L.* 29 *pr. ff. h. t*). Ex iisdem legibus colligitur, quod aliud dicendum sit, si impensas fecerim in rem quam sciebam mihi cum alio communem esse, sed errabam in persona socii, v. g. cum res mihi communis esset cum Titio, putabam eam mihi communem esse cum Maevio, tunc enim, eo non obstante, communi dividundo pro istis impensis agere possem cum Titio: licet enim errarem in persona Titii, tamen cum scirem rem mihi esse communem cum aliquo, impensas faciens animum habui alterum mihi obligandi, et quamvis non haberem animum Titium praecise obligandi, sufficit quod haberem animum alterum obligandi; non enim istas impensas praecise feci contemplatione personae socii, sed potius contemplatione rei communis: sic ex gestione nata est mihi actio, qua agere potero contra eum, qui utilitatem ex gestione sentit.

§ VI.

Notandum quod per adjudicationes et divisiones, quas judex in hoc judicio, item familiae erciscundae facit, nullo modo immutetur vel adimatur jus tertii: hinc si ponamus quod, cum fundus inter nos communis esset, ego meam partem pro indiviso hypothecae dederim Titio, et postea, cum communi dividundo inter nos ageretur, judex adjudicaverit tibi totum fundum, Titius tamen hypothecam suam retinebit in parte pro indiviso. Quod si judex illum fundum inter nos dividat, ita ut utrique partem pro diviso adjudicet, an jam Titius acquiret hypothecam in parte pro diviso mihi adjudicata, loco hypothecae in parte pro indiviso quam ei, cum mea esset, obligavi? Negative; sed Titius retinebit hypothecam per totum fundum pro parte pro indiviso etiam in parte Titio adjudicata (*L.* 7 § 4 *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, *L.* 6 § 8 *ff. h. t.*); ante divisionem enim inter nos factam habebat hypothecam per totum fundum pro parte pro indiviso; jam autem divisio inter nos facta non potest immutare, vel adimere jus Titii, cum divisio, item sententia tantum jus faciat inter eos, inter quos lata est; itaque Titius idem jus retinebit, quod ante habebat.

§ VII.

Huc spectat casus *L.* 31 *ff. de us. et usuf. leg.*, ubi aliquis, qui fundum communem cum Titio habebat, legaverat uxori usumfructum partis suae, quam in fundo habebat: post mortem testatoris heres ejus communi dividundo egit cum Titio pro isto

fundo, fuitque ille fundus divisus a judice, et cuique pars pro diviso assignata: quaerebatur an mulieri competat ususfructus in parte pro diviso heredi assignata, an vero competat ei ususfructus in toto fundo, etiam in parte Titio assignata: et deciditur mulierem, non obstante divisione, habere usumfructum pro parte dimidia per totum fundum. Ratio est, quod statim ac heres adivit hereditatem, mulier acquisiverit usumfructum in medietate pro indiviso totius fundi, nam testator ei legaverat usumfructum partis quam in fundo habebat; habebat autem medietatem pro indiviso; si ergo mulier desineret habere usumfructum in illa parte pro indiviso, et acquireret usumfructum in parte pro diviso heredi adjudicata, foret vi divisionis factae inter heredem et Titium; jam autem illa divisio non potest mutare aut adimere jus mulieris, cum illa divisio tantum jus faciat inter heredem et Titium, nullo modo inter alios. Nec ad rem facit quod pars pro diviso heredi adjudicata successerit in locum partis pro indiviso, quam antea habebat, et sic quod mulier etiam debeat habere usumfructum in parte ista pro diviso, loco ususfructus quem habebat in parte pro indiviso; nam quod dicitur partem pro diviso successisse in locum partis pro indiviso, hoc est verum respectu heredis, cujus divisio facta est, non vero respectu mulieris, quae divisioni non interfuit, et cujus jus consequenter judex immutare non potuit.

Sic etiam non obstat quod jus mulieris dependeat a jure heredis, et sic quidem ut si heres non habeat amplius partem pro indiviso, etiam mulier non possit vindicare usumfructum in parte pro indiviso totius fundi; nam falsum est quod jus mulieris pendeat a jure heredis; etenim est quidem verum quod jus fructuarii pendeat a jure proprietarii respective ad constituendum usumfructum, seu hoc sensu quod non possit quis usumfructum constituere, nisi dominus sit rei in qua constituit; sed ubi jam semel constitutus est ususfructus, jus fructuarii non amplius dependet a jure proprietarii, et licet proprietarius amittat proprietatem, equidem perdurabit ususfructus, nisi jus ejus qui constituit resolveretur, quod in casu non contigit.

§ VIII.

Quid, si quis fundi, quem cum Titio communem habebat, partem suam vendiderit, et antequam traderet coactus sit judicium communi dividundo suscipere, judex autem fundum diviserit, et cuique partem pro diviso dederit: an satisfaciet venditor partem pro diviso sibi adjudicatam tradendo loco partis pro indiviso quam vendiderat? Affirmative (*L.* 13 § 17 *ff. de act. emp.*); ratio est quod, emptione venditione perfecta, omne commodum et incommodum, quod circa rem venditam contingit sine dolo, culpa, et mora venditoris, ad emptorem pertineat; divisio autem efficit ut venditor tradere amplius non possit partem pro indiviso quam vendiderat, ita ut non stet per venditorem quominus eam tradat; liberari ergo debet venditor tradendo partem pro diviso, quae in locum partis pro indiviso successit, tanto magis quod si emptori partem pro indiviso tradidisset, emptor ipse potuisset a Titio judicio communi dividundo provocari.

Nec ad rem facit quod venditor non liberetur, nisi tradat quod vendidit; item quod aliud pro alio solvi non possit; nam illae regulae exceptionem patiuntur in hoc casu, ubi non stat per venditorem quominus tradat id quod vendidit, seu ubi sine ejus culpa effectum est, ut tradere amplius non possit; satisfacit ergo si tradat id quod loco rei venditae, seu partis pro indiviso apud eum est.

Obj. Si ipse venditor provocasset socium suum communi dividundo, non satisfaceret praestando emptori partem pro indiviso sibi adjudicatam. ℟. Disparitas est quod tunc culpa venditoris effectum sit ne rem venditam tradere possit, sic hoc incommodum ad emptorem spectare non debet; sed in nostro casu venditor provocatus fuit a socio, et sic invitus cogebatur hoc judicium suscipere, adeoque sine ejus culpa pars pro diviso in locum partis pro indiviso successit.

Obj. Quod divisio inter venditorem et socium facta non debeat immutare aut adimere jus tertii, sive jus emptoris in casu. ℟. Dicimus quod etiam nullo modo mutetur aut adimatur ejus jus, licet venditor satisfaciat praestando partem pro diviso sibi adjudicatam, ita ut pars pro indiviso adhuc vere sit in obligatione; at cum venditor non possit eam praestare, idque sine culpa ejus effectum sit, satisfaciet praestando partem pro diviso; itaque licet aliquo modo dici possit divisionem nocere emptori, quatenus cogitur esse contentus cum parte venditori adjudicata, hoc tamen tantum fit per indirectum; novum autem non est, ut sententia inter alios lata aliis noceat per indirectum seu per consequentiam, quod contingit dum jus alterius dependet a jure unius litigantium, prout in casu contingit; jus enim emptori per traditionem in re empta constituendum pendet a jure venditoris.

Obj. Si socius partem suam pro indiviso hypothecae dedisset, non obstante divisione pars pro indiviso maneret obligata; ergo etiam ubi partem pro indiviso vendidit, post divisionem non satisfacit, nisi partem pro indiviso tradat. ℟. Disparitas est quod venditor in casu objecto jam ante divisionem jus reale in parte pro indiviso totius fundi haberet, quod ipsi per divisionem eripi non potest; licet enim socius qui hypothecam dedit, partem quam dederat amittat, non ideo creditor in ea parte hypothecam amittere debet, jus enim reale alteri constitutum est prorsus independens a jure constituentis. In nostro autem casu non habebat

jus reale in ulla parte fundi, sed personam venditoris tantum obligatam habebat, quam et post divisionem eodem modo adhuc obligatam tenet, et eodem modo adhuc agere potest actione ex empto ac ante, nempe ut medietas pro indiviso vendita tradatur; hoc unum efficiet divisio, ut liberetur venditor partem pro diviso tradendo, nec mirum; nullum enim adhuc jus in parte pro indiviso emptor habebat, ut in casu objecto; jus enim per traditionem adhuc debebat acquirere, et sic cum venditor non habeat amplius jus in re quam vendidit, non potest illud in emptorem transferre; et cum sine sua culpa desierit habere jus, liberari debet tradendo id quod in locum rei venditae ad ipsum pervenit.

Ex dictis sequitur, quod si venditori in casu adjudicatus fuerit totus fundus, possit venditor totum fundum tradere emptori, ita ut emptor cogatur solvere id, in quod venditor socio suo in judicio communi dividundo fuit condemnatus: item si ponamus socio venditoris totum fundum adjudicatum esse, eumque condemnatum certam pecuniae summam dare ei, qui suam partem vendidit, istam summam pecuniae dando emptori satisfaceret venditor (*d. L.*13 § 17 *ff. de act. empt.*, *L.* 7 § 13 *ff. h. t.*).

§ IX.

In *L.* 19 § 1 *ff. h.* t. refertur casus, ubi res communis est, et tamen hoc judicio agi non potest, ita ut socii cogantur inviti in communione manere Si nempe vestibulum duarum aedium commune sit, et ambae aedes sint tales ut ad eas non sit aditus, nisi per istud vestibulum; tunc enim pro hoc vestibulo dividendo unus alterum non potest provocare. Ratio est, quod si judex hoc vestibulum totum uni adjudicaret, cum tunc non esset amplius accessus ad aedes alterius, aedes illae forent inutiles; sic deberet judex, ne hoc contingeret, ei cui adjudicavit vestibulum, adjudicare etiam aedes alterius; ast hoc facere non potest, quia ejus potestas in hoc judicio restricta est ad rem communem; aedes autem illae in solidum ad alterum spectant, et praeterea nemo cogitur re sua propria carere propter rem communem. Dein cum in hoc judicio saepissime res peragatur per licitationem, ita ut judex rem communem adjudicet ei ex sociis qui plus offert, si de eo vestibulo licitari cogerentur, quisque totarum aedium suarum pretium pro isto vestibulo offerre cogeretur, ne alias si vestibulum alteri adjudicaretur, aedes sibi forent inutiles, quod sane durum esset.

Quamvis nemo invitus cogatur in communione remanere, extra casum statim relatum, sed semper hoc judicio provocare quisque possit socium suum ut res dividatur, non tamen propria auctoritate unus invito altero a communione recedere potest, partem v. g. rei capiendo, et alteram socio relinquendo; recte enim se opponet socius dicendo, se non esse contentum parte quam alter reliquit, et sic non obstante quod alter partem ceperit, pars illa quam cepit, item quam reliquit, utraque adhuc remanebit communis. Aliud est in rebus fungibilibus; ibi enim propria auctoritate unus partem auferre potest, et aliam socio relinquere, tuncque statim a communione est recessum, parsque ablata tota spectabit ad eum qui cepit; alius enim ridiculo diceret, se non esse contentum parte sibi relicta: sic si centum inter nos sint communia, et ego quinquaginta capiam, socius ridicule diceret se non esse contentum cum aliis quinquaginta. In rebus ergo fungibilibus nulla socio fit injuria, sed bene in speciebus: non tamen egent auctoritate judicis, ut species dividant, si hoc fiat mutuo ipsorum consensu.

§ X.

Differt actio communi dividundo ab actione pro socio in eo, quod actioni pro socio locus non sit, nisi societas sit contracta: actio autem communi dividundo semper locum habeat, sive res communis sit cum societate, sive sine societate: dein actio pro socio datur, licet nulla res communis sit, actio autem communi dividundo non datur, nisi ubi res communis est. Praeterea actio pro socio non tendit ad divisionem, sed potius ad inducendam communionem, ut nempe ea quae unus socius occasione societatis acquisivit, communicet cum socio, et ut praestationes personales adaequentur (*L.* 1 *ff. h. t.*, *L.* 43 *ff. pro soc*): actio autem communi dividundo praecipue tendit ad divisionem.

TITULUS IV

AD EXHIBENDUM.

Verbum exhibere explicat J. C. in *L.* 2 *ff. h. t.*, quod nempe sit facere in publico potestatem, seu facere ut rem videre et explorare liceat; nempe cum is, qui agere vult reali actione, debeat rem quam petit designare, maxime ejus interest rem istam videre, ut cognoscat an revera sit illa res, in qua contendit se habere jus reale, utque eam in judicio, quod habiturus est, designare possit; ande utile visum fuit aliquam actionem introducere, qua agat contra possessorem rei, ut is illam exhibeat, et ut ita actor, postquam exhibuerit, actionem realem, quam pro ista re habet, possit intentare (*L.* 1 *ff. h. t.*). Actio haec ad exhibendum est personalis, in rem scripta, quae datur iis quorum interest, propter actionem realem quam habent vel habituri sunt contra quemvis possessorem, ut copia eis fiat rem videndi et explorandi. Est personalis, utpote quae ad factum exhibitionis tendit: imitatur tamen actiones reales in eo, quod datur

contra quemcumque possessorem, et ideo vocatur in rem scripta: datur itaque haec actio omni ei cujus interest rem exhiberi ratione actionis realis, quam pro re habet, vel habiturus est (*L.* 3 § 3 *et seqq. ff. h. t.*); non ergo requiritur ut hic et nunc, quando ad exhibendum agit, actionem realem jam habeat pro ista re, sed sufficit modo post exhibitionem habiturus sit (*L.* 3 § 10 *ff. h. t.*).

An possum hac actione agere, ut adversarius meus rationes vel instrumenta sua exhibeat, si forte plurimi mea intersit ea exhiberi? Negative (*L.* 19 *ff. h. t.*); non enim sufficit quodlibet interesse, sed debet, ut quis agat hac actione, ejus interesse ratione actionis realis, quam absque exhibitione intentare non posset; jam autem in casu nil impedit actionem intentare, licet instrumenta adversarii non videam; et profecto si ob quodcumque interesse hac actione agi posset, efficeretur etiam, ut studiosus v. g. posset agere hac actione contra possessorem certorum librorum ut eos exhibeat; dicere enim etiam posset sua interesse libros illos sibi exhiberi, quia doctior evaderet ex eorum lectione, quod certe esset absurdum (*L.* 19 *ff. h. t.*).

An haec actio datur heredi? Non datur ei ut heredi, sed habet hanc actionem heres suo nomine, hoc est si ejus intersit; licet itaque interfuerit defuncti propter actionem realem quam habebat, si tamen heredis non intersit, forte quod ille actionem realem non habeat, haec actio ad eum non transit, cum nemini detur, nisi cujus interest (*L.* 12 § 6 *ff. h. t.*).

Requiritur autem, ut haec actio effectum habeat, ut intersit agentis tempore litis contestatae, alias hac actione agere non posset; item tempore quo sententia fertur, licet enim tempore litis contestatae ejus interfuerit, si tamen amplius ejus non intersit tempore quo sententia ferenda est, v. g. quod actionem realem amiserit, quam antea habebat, judex non condemnabit adversarium ad exhibendum (*L.* 7 § *ult. ff. h. t.*).

Ex eo quod haec actio detur omnibus, quorum interest ratione actionis realis quam habent, sequitur plures posse agere hac actione pro eadem re, cum possint plures actionem realem pro eadem re habere, si v. g. unus dominium habeat, alter pignus, alter usumfructum, et alteri res sit tradita bona fide accipienti; quisque enim ex illis actionem realem habet, nam ultimus habet Publicianam, et sic omnes ad exhibendum agere possunt (*L.* 3 § 12 *ff. h. t.*).

Datur haec actio contra omnes rei possessores, imo contra detentores etiam, licet non possideant, v. g. contra commodatarium, depositarium etc.; sufficit enim quod habeant rei exhibendae facultatem (*L* 3 § *ult.*, *L.* 4 *ff. h. t.*); item contra eum datur, qui non possidet quidem, sed dolo possidere desiit, regula enim est quod is, qui dolo desiit possidere, eodem modo teneatur ac si adhuc possideret (*L.* 9 *pr. ff. h. t.*). Ex eo quod haec actio non detur nisi contra possessorem, sequitur eam non dari contra heredem possessoris, nisi et is possideat, aut saltem rei exhibendae facultatem habeat, juxta generalem regulam actionum realium aut in rem scriptarum, quae nunquam dantur contra heredes qua heredes, sed tantum qua possessores; si tamen defunctus dolo possidere desiit, et aliquid ex illo dolo ad heredem pervenerit, tenebitur ad id quod ad eum pervenit (*L.* 12 § 6 *ff. h. t.*), ne heres ex dolo defuncti lucrum faciat.

Per se patet, quod haec actio non detur pro rebus immobilibus; illae enim se satis exhibent, unde solae res mobiles petuntur exhiberi.

Exitus hujus actionis, et officium judicis in ea est, ut condemnetur reus in exhibitionem faciendam, cui jussui, si pareat reus, liberatur; alias, si dolo, aut contumacia non pareat, condemnabitur in id quod actor in litem juraverit (*L.* 3 § 2 *ff. h. t.*), unde patet hanc actionem esse arbitrariam: quod si culpa rei factum sit ut rem exhibere amplius non possit, condemnabitur in verum interesse actoris (*L.* 9 § *ult. ff. h. t.*, *L.* 5 *ff. de in lite jurando*).

Quo autem loco facienda sit exhibitio, et cujus sumptibus, vide *L.* 11 § 1 *ff. h. t.*: debet autem, ut recte fiat exhibitio, res exhiberi in eadem specie, in qua erat tempore quo lis contestabatur, unde si pro scyphis actum fuerit hac actione, et reus post litem contestatam dolo malo massam ex illis scyphis fecisset, non liberaretur massam illam exhibendo (*L.* 9 § 3 *ff. h. t.*): sed quid si in eadem specie in qua erat tempore litis contestatae, deteriorem tamen rem quam tunc erat exhibeat, an per hoc satisfaciet? Dicit J. C. in *L.* 17 *ff. h. t.*, non teneri amplius directa ad exhibendum actione; etenim licet rem deteriorem exhibeat, exhibet tamen eandem rem, et sic dici potest satisfecisse; exhibitio enim tantum fit ut vindicari actione reali res possit; jam autem talis exhibitio sufficientem copiam praebet rem videndi et vindicandi, idque est quod ait J. C. *nil impedit directam actionem talis exhibitio*: per directam actionem hic intelligit vindicationem, quam actor instituit post rei exhibitionem; addit tamen J. C. quod contra eum detur actio legis Aquiliae, propterea quod damnum injuria dederit rei quam exhibet. Attamen quamvis stricte loquendo is, qui dolo vel culpa rem deterioratam exhibet, possit dici paruisse sententiae, ex aequitate tamen contra eum datur actio in factum (*L.* 7 *cod. h. t.*), quatenus nempe per talem exhibitionem non est satisfactum menti edicti praetoris, quod ad exhibendum actionem proposuit; unde licet actio directa ad exhibendum amplius non competat ex verbis edicti, tamen ex mente ejus actio in factum datur: debet itaque in hac actione res in eadem causa

exhiberi, in qua erat tempore litis contestatae (*L.* 9 § 5 *ff. h. t.*), unde infert J. C. in § sequenti, quod si res, pro cujus exhibitione contra te agebam tempore litis a te sit usucapta, non satisfacias eam exhibendo uti nunc est, seu usucaptam exhibendo, eo quod tempore litis contestatae usucapta non esset, unde tali casu non absolvetur possessor, nisi paratum se declaret eodem modo actionem realem, quam ejus rei nomine habebam ante usucapionem, suscipere, ac si usucapta non esset.

LIBER UNDECIMUS

TITULUS I.

DE INTERROGATIONIBUS IN JURE FACIENDIS ET INTERROGATORIIS ACTIONIBUS.

Cum apud Romanos causa caderet qui plus petebat, justae et adaequatae petitionis instituendae causa introductae fuerunt actiones interrogatoriae, quibus possessor interrogaretur an et in quantum possideret etc. Verum cum moribus exoleverit poena illa plus petentium, patet hujus tituli nullum amplius superesse usum.

TITULUS II.

DE QUIBUS REBUS AD EUNDEM JUDICEM EATUR.

Quoties ex eodem negotio plures oriuntur lites diversorum tribunalium ad unum eundemque judicem remittuntur, ne dividatur causae continentia (*L.* 1 *et* 2 *ff. h. t.*, *L.* 8 § 1 *ff. de liber. caus.*, *L.* 22 *ff. de judic.*).

TITULUS III.

DE SERVO CORRUPTO.

Sub *tit. ad L. Aquil.* vindicatur damnum corpori servi illatum, sub hoc vero coercetur malitia eorum, qui animum servi corrumpunt, et tendit ad duplum damni dati (*L.* 1 *ff. h. t.*).

TITULUS IV.

DE FUGITIVIS.

Contra eum, qui servum fugitivum recipiebat et occultabat, constituta fuit haec poena, quod scilicet fugitivum cum simili servo, vel viginti solidis reddere deberet.

TITULUS V.

DE ALEATORIBUS.

In odium aleae praetor constituit se denegaturum actionem susceptori aleae, quocumque modo contigerit eum damno aut injuria affici, cum alea luditur (*L.* 1 *ff. h. t.*): victori quoque actionem denegat, imo victo, si ultro solverit, soluti condictionem tribuit (*L.* 2, 3, *et* 4 *ff. h. t.*). Moribus nostris victori etiam actio denegatur, sed soluti repetitio victo non tribuitur, ut testatur Dulaury in suis *decisionibus Mechliniensibus arresto* 158, quem vide.

TITULUS VI.

SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT.

Mensor hic dicitur qui agri modum renuntiat: quod mensori solvitur non mercedem, sed honorarium appellarunt Romani, quoniam operam mensoris, utpote artem liberalem exercentis, ita consideraverunt ut locationis nomine venire nequiret: contra mensorem autem, qui falsum modum renuntiavit, datur actio dicta *si mensor*, tendens ad id quod interest verum modum renuntiatum non esse (*L.* 4 § 1 *ff. h. t.*).

TITULUS VII.

DE RELIGIOSIS ET SUMPTIBUS FUNERUM, ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

Quis locus religiosus dicatur vide in *tit.* 1 *lib.* 2 *Recit. Hein.* Funeris impensae sunt quidquid ad corpus custodiendum aut transferendum erogatum est, ad quae recuperanda comparata est actio *funeraria* dicta, et quae omne creditum praecedit. Altera parte hujus tituli datur actio in factum adversus eum, qui prohibet aut impedit quominus cadaver inferatur in locum, in quem inferendi jus est.

TITULUS VIII.

DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO AEDIFICANDO.

Ei cui prohibetur sepulchrum aedificare in loco, in quo hoc jus habet, datur interdictum de sepulchro aedificando.

Digitized by Google

PARS TERTIA.

LIBER DUODECIMUS

TITULUS I.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETATUR ET DE CONDICTIONE.

§ I. Quomodo hic differant creditum et mutuum: mutui definitio.
§ II. Quae res mutuo dari possint.
§ III. An ad mutuum semper requiritur traditio.
§ IV. Casus quibus mutuum consumptione convalescit.
§ V. Si pecuniam tibi tradam donandi animo, tu quasi mutuum accipias, an ejus dominium transferetur.
§ VI. Si tibi donaverim pecuniam ea lege, ut eam mihi dares mutuam, et tu eam mihi des mutuam, an erit contractum mutuum.
§ VII. An civitas obligatur ex mutuo ab administratoribus nomine ejus sumpto.
§ VIII. Casu quo civitas obligetur, an singulorum civium bona distrahi poterunt.
§ IX. De obligatione mutuatarii.
§ X. Quid si valor monetae, mutuo accepto, crescat aut decrescat.

§ I.

Vox creditum in eo differt a mutuo, quod sub se comprehendat omnem actum, in quo alienam fidem secuti sumus, imo quandoque accipitur pro omni eo quod nobis debetur (*L.* 1, *L.* 2 § 3 *ff. h. t.*), ubi mutuum tantum est, cum aliquem nobis obligamus ex numeratione pecuniae vel aliarum rerum fungibilium; caeterum sub hoc titulo creditum strictius accipitur pro mutuo nempe, ita ut haec duo res credita et mutuum hic aequivaleant. Mutuum est contractus stricti juris, re initus, in quo res fungibiles alteri dantur ea lege, ut tantumdem in eodem genere ejusdem bonitatis et qualitatis restituatur: dico *stricti juris*, illi enim contractus stricti juris sunt, in quibus ab una tantum parte obligatio oritur, quales tantum sunt duo, mutuum et stipulatio; reliqui contractus, ex quibus ab utraque parte obligatio nascitur, omnes vocantur bonae fidei: est *re initus*, sine re enim quae tradatur, et antequam tradatur, non est mutuum.

§ II.

Mutuo dantur res fungibiles, seu consumptibiles tantum, ut pecunia, vinum, frumentum etc., non vero species: ratio est quod res consumptibiles funguntur pro se invicem; sic unus modius frumenti aequivalet alteri ejusdem bonitatis et qualitatis, indeque est, quod istae res fungibiles vocentur: in his ergo rebus, licet non reddam eadem corpora in individuo quae accepi, recte tamen dicor idem restituere, si totidem ejusdem bonitatis et qualitatis restituam; sed aliae res, ut species, non funguntur pro se invicem, unus enim equus v.g. non aequivalet alteri; sic in illis rebus, si alia quam quae accepta est species, licet ejusdem generis, redderetur, non posset dici idem redditum, quod acceptum est, sed aliud pro alio redderetur (*L.* 2 § 1 *ff. h. t.*).

§ III.

Ut sit mutuum, debet imprimis res tradi, et praeterea ita tradi, ut dominium transferatur: non est ergo mutuum antequam traditio intervenerit, nec altera obligatio nascitur, quam ad id quod traditum est: sic si decem tibi mutuo dem, et conveniam ut undecim reddas, non tamen ultra quam ad decem obligaberis mihi (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*); ete-

nim ex numeratione non nisi ad decem teneri potes, cum decem tantum numerata sint; nec etiam vi pacti adjecti ad undecimum nummum convenire te possum, cum nudum pactum contractui stricti juris, licet in continenti adjectum, nullam pariat actionem.

Non autem requiritur semper vera traditio ut mutuum sit; etenim si nummos, quos apud te deposueram, roges me mutuos, et ego permittam tibi iis uti, statim mutui fient, statim enim dominium nummorum in te transiit, cum notum sit dominium sine traditione transferri, dum res quam in alterum transferre volo, jam apud ipsum est (*L.* 9 § *ult. ff. h. t.*, § 44 *inst. de acq. rer. dom.*).

Non interest autem utrum ipse mutuans per se res suas tradat mutuatario, an vero per alium: sic si cum Maevius a me mutuum petivisset, mandem Titio ut nummos meos ei tradat, ex hac numeratione actio mihi nascetur contra Maevium, dum enim quis mandato meo rem meam tradit, ipse tradere videor ministerio alterius, et eodem modo dominium in accipientem transit, ac si ipse dominus tradidisset.

Sed quid si mandem Titio v. g. ut suos nummos meo nomine tradat mutuos Maevio, qui me mutuam pecuniam rogaverat, an ex illa numeratione actio mihi acquiretur contra Maevium? Videbatur dicendum, quod non acquiratur mibi actio, quatenus pecunia a me ad mutuatarium non est profecta, siquidem ego dominus non essem istius pecuniae; sed tamen ex utilitate publica favore commercii receptum est, ut eodem modo actio mihi acquiratur, ac si ipse propriam pecuniam tradidissem (*L.* 9 § 8 *ff. h. t.*); nempe hic ficta traditio intervenit seu brevis manus; Titius enim videtur mihi tradere nummos suos, et ego Maevio, quod si contigisset, certe Maevius ex mutuo obligatus mihi esset. Hinc si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, cum mutuum me rogasses, obligaberis mihi ex mutuo; videtur enim pecunia a debitore meo soluta mihi, et tunc a me tibi tradita (*L.* 15 *ff. h. t.*).

Sed quid si cum deberes mihi pecuniam ex causa mandati v. g. convenerit inter nos, ut illam pecuniam retineres tanquam mutuam, an mutuum est contractum? Id asserit Ulpianus in *d. L.* 15 *ff. h. t.* hoc argumento, quod cum receptum sit ut duabus personis intervenientibus, mutuum contrahatur, v. g. dum debitorem meum jubeo tibi numerare pecuniam, ita etiam recipiendum sit, ut dum una tantum persona intervenit, mutuum contrahatur, ita ut etiam videri debeat pecunia, quam mihi debebas, a te mihi soluta, et deinde a me tibi numerata: erat tamen ratio dubitandi an in casu mutuum contraheretur; imprimis enim non intervenerat numeratio; praeterea ego non transtuleram in te dominium nummorum, imo dominium nummorum nullo modo dici potest in te translatum; eras enim illorum dominus antequam permitterem tibi illos habere ut mutuos. Sed quamvis in mutuo requiratur traditio, item translatio dominii, cum tamen receptum sit ut ficta traditio sufficeret, ratio postulat, ut mutuum in casu valeat; si enim hoc receptum sit in duabus personis, idem recipi debere videtur in una persona, seu si receptum sit, ut dum jubeo debitorem meum dare tibi pecuniam, videatur illa pecunia a debitore meo ad me profecta, et dein a me tibi tradita, recipi etiam debet, ut dum permitto debitori meo retinere id quod mihi debet tanquam mutuum, videatur pecunia a debitore mibi soluta, et huic iterum a me tradita: quae fictio si admittatur, videtur debitor meus a me dominium illorum nummorum accepisse.

Nec obstat quod ea quae singulariter recepta sunt non sint extendenda ad consequentias, adeoque quod licet receptum sit in primo casu ut mutuum valeat, id tamen non sit extendendum ad alterum casum; nam id quidem verum est in iis, quae recepta sunt contra juris rationem (*L.* 14 *ff. de legibus*); sed in casu, quo jusseram debitorem meum tibi dare pecuniam, non erat receptum contra juris rationem, ut mutuum esset; ratio enim juris, quae requirit ut mutuans transferat dominium in mutuatarium, est salvata per fictionem brevis manus, quia fingitur pecunia a debitore mihi soluta, et tunc a me in te translata; cum autem haec fictio in isto casu admissa sit ex utilitate publica, ob favorem commercii, et eadem ratio militet, ubi debitori meo permitto retinere tamquam mutuum id quod mibi debet, etiam ad hunc casum haec fictio recte extenditur; itaque ad summum dici potest id in primo casu receptum esse contra ordinarias juris regulas; jam autem quae sic recepta sunt possunt ad consequentias trahi, modo eadem ratio militet.

His ita decisis, fortiter resistit Africanus in *L.* 34 *pr. ff. mand.*, ubi omnino contendit quod, si convenerim cum eo qui ex causa mandati debitor meus erat, ut pecuniam quam mihi debet, retineat ut mutuam, haec pecunia mutua non fiat: frustra laborant qui Africanum conciliare volunt cum Ulpiano in *L.* 15 *ff. h. t.*, ex professo enim Africanus sententiam Ulpiani refellit ut adeo fatendum sit, esse inter istas duas leges antinomiam, ast sententiam Ulpiani veriorem videri ex dictis rationibus constat. Idem Ulpianus in *L.* 11 *pr. ff. h. t.* decidit, quod si mutuum me rogaveris, et ego cum pecuniam paratam non haberem, dederim tibi rem aliquam ut eam venderes, et nummis utereris, pecunia ex venditione redacta sit mutua, quamvis tamen a me tibi tradita non sit, nec dominium ejus ego in te transtulerim; sine dubio iterum ex eo, quod videaris illam pecuniam in me transtulisse, et ego iterum videar tibi reddidisse: huic autem sententiae rursus se opponit Africanus in *d. L.* 34 *ff. mand.*

Digitized by Google

§ IV.

Ex eo quod ad mutuum requiratur translatio dominii sequitur, quod si quis nummos alienos alteri sine voluntate domini tradat mutuos, non sit mutuum, nec ulla actio acquiratur ei qui tradidit, nisi forte stipulatus esset eam pecuniam sibi reddi; nam tunc ex stipulatu actionem haberet (*L.* 2 § 2, *L.* 13 *pr. et* § 1, *L.* 16 *ff. h. t.*). Caeterum si is, qui istos nummos accepit tamquam mutuos, bona fide eos consumpserit, mutuum, quod ab initio erat nullum, jam convalescit; toties enim mutuum, quod ab initio defectu translationis dominii erat nullum, convalescit, quoties consumitur bona fide id quod receptum est, quod contingit dum vel pereunt nummi, vel ita cum aliis mixti sunt ut discerni nequeant (*d. L.* 13 *pr. et* § 1 *ff. h. t.*): quod si in casu adhuc extent nummi, dominus illorum nummorum reivindicatione illos avocabit: si vero mala fide consumpti sint, vel alteri mala fide traditi ab eo qui acceperat, dominus eum conveniet ad exhibendum actione, non secus ac si alter adhuc nummos possideret; dolo enim possidere desiit (*L.* 12 § 1 *ff. h. t.*).

Sequitur ex dictis, quod si pupillus nummos suos det mutuos sine tutoris auctoritate, non sit mutuum, quoniam dominium nummorum non transtulit pupillus; sine tutoris enim auctoritate alienare nequit; poterit ergo, eum dominus nummorum manserit, vindicare eos. Quod si perierint casu fortuito apud eum qui accepit, quaeritur an id periculum spectet ad pupillum tamquam dominum? Et videtur quod non; quod enim dominium translatum non sit, seu quod pupillus maneat dominus, hoc est in ejus favorem introductum, et sic ei nocere non debet, quod tamen fieret, si inde sequeretur nummos pupillo perire: quod si nummi a pupillo mutuo traditi consumpti sint, iterum distinguendum an bona vel mala fide sint consumpti; ut priori casu mutuum convalescat, posteriori pupillus agere possit actione ad exhibendum, eum alter dolo possidere desierit (*L.* 19 § 1 *ff. h. t.*).

§ V.

Quid si pecuniam tibi tradam donandi animo, tu quasi mutuam accipias? Satis constat non esse donationem, nec etiam mutuum, quoniam ego in mutuum, tu in donationem non consensisti, dominium tamen translatum est, cum a parte rei liqueat me voluisse id transferre, et te voluisse acquirere, et sic resolvit Julianus in *L.* 36 *ff. de acq. rer. dom.*; cui tamen contradicit Ulpianus in *L.* 18 *pr. ff. h. t.*; dicit enim *magisque nummos accipientis non fieri*: inter quem et Julianum credimus intercedere antinomiam, nisi malis cum Averanio verba relata Ulpiani ita accipere, ut tantum significent non esse mutuum contractum, seu non fieri accipientis ex causa mutui. Quomodo ergo in casu tenebitur is, qui nummos accepit? Si adhuc extent nummi, is qui dedit, ab eo repetet condictione sine causa, sed si sint consumpti, accipiens eum repellet per exceptionem doli mali; nam cum is qui dedit, voluerit donare nummos, recte possunt dici consumpti ex voluntate dantis.

§ VI.

Quid si donaverim tibi pecuniam ea lege, ut statim eam mihi dares mutuam, an mutuum est contractum, si tu eam mihi des ut mutuam? Stricte loquendo, nec donatio valet, nec mutuum, ut probat J. C. in *L.* 20 *ff. h. t.*: addit tamen benignius esse ut tam donatio, quam mutuum valeat, idemquo deciditur in *L.* 33 § 1 *ff. de donat.* Ratio est, quod uterque in donationem consenserit, nec hoc pactum, ut donatarius eam credere deberet donanti, efficit quominus sit vera liberalitas; imo non poterit donatarius eam pecuniam dare mutuam donanti, nisi dominium adeptus sit; pactum ergo hoc non impedit voluntatem dominium transferendi aut accipiendi; quin contra supponit dominium esse translatum. Nec obstat *L.* 55 *ff. de sol. et lib.*, ubi dicitur non alienari nummos, qui sic dantur ut recipiantur; nam hoc tantum obtinet, dum hoc agitur ut nummi, qui dati sunt, revertantur ad eum qui dedit ex alia causa, quam ex qua dati sunt, quod pactum non impedit dominii translationem.

§ VII.

Mutuum accipere possunt omnes qui obligare se possunt: quaeritur autem an civitas aut aliud corpus obligetur ex mutuo ab administratoribus nomine ejus sumpto? Et imprimis si illi, penes quos est regimen civitatis, sumpserint mutuum nomine civitatis, sine dubio civitas tenetur, sive in rem ejus versa sit pecunia, sive non: si vero mutuum sumpserint illi, penes quos erat cura aerarii aut rerum civitatis, tunc, licet nomine civitatis mutuum sumpserint, non aliter ex eo mutuo tenebitur civitas, nisi illi speciale mandatum ad hoc habuerint, vel nisi pecunia in rem civitatis fuerit versa (*L.* 27 *ff. h. t.*); etenim non ad hoc praepositi sunt administratores, ut mutuum sumant, vel ut civitatem aere alieno gravent, sed tantum ut tueantur res civitatis; sic sumendo mutuum terminos commissionis suae egrediuntur, et sic illi quidem sunt obligati, non vero ipsa civitas, nisi haec mandaverit: sane si mutuum in rem civitatis foret versum, tunc certo aequum esset ut teneretur civitas, quatenus versum est. Nec obstat *L.* 1 § 9, *et L. ult. ff. de exercit. act.*, ubi dicitur quod si quis crediderit magistro navis ad refectionem ejus, exercitor ex illo mutuo teneatur, licet pecunia non fuerit versa in refectionem navis, sed magister eam

verterit in proprios usus, modo creditor probet navem refectione indiguisse tempore quo credebat. Nam disparitas est, quod hoc ibi specialiter receptum sit ex eo, quod mutuans non possit exercitorem absentem consulere, cum saepe negotium urgeat, ut adeo nemo credere vellet magistro navis, si onus inquirendi an vero in refectionem navis pecunia impendatur ei incumberet; et praeterea censetur magister habere mandatum sumendi pecuniam mutuam. Non obstat etiam *L. 11 pr. ff. de pign. et hyp.*; nam haec lex intelligenda est de casu, ubi administratores pecuniam mutuam nomine civitatis sumpserant ex mandato ejus, vel ubi hoc mutuum saltem versum erat in rem civitatis, quo casu administratores pro isto mutuo recte obligare possunt rem ad civitatem pertinentem, licet novum mandatum pro hoc non habuerint; non enim per hoc augetur obligatio civitatis.

§ VIII.

Quod jam si civitas sit obligata ex mutuo, et bona civitatis non sufficiant, an creditores possunt executionem dirigere in bona singulorum civium? Distinguendum est utrum sit talis civitas, quae non agnoscit superiorem, seu an sit civitas libera, quo casu, id quod rectores civitatis egerunt, videtur actum ab ipsis civibus, adeoque cives de eo dabito etiam tenebuntur: si vero civitas non sit libera, sed principi alicui subjecta, tunc magistratibus non competit potestas efficiendi ut ex mutuo a se sumpto singuli cives obligentur, non magis quam tributa imponendi.

§ IX.

Nunc videamus de obligatione mutuatarii: consistit autem in eo, quod reddere debeat totidem quam accepit ejusdem generis, in eadem bonitate et qualitate: hinc si vinum mutuo datum sit, non potest mutuatarius oleum vel pecuniam reddere, imo si ab initio fuerit conventum, ut oleum vel pecuniam pro vino reddat, non erit mutuum, quoniam hoc pactum est contra substantiam mutui, sed priori casu est permutatio, posteriori emptio venditio (*L. pen. cod. de rer. permut.*, *L. 2 pr. ff. h. t.*).

Ex eo quod mutuatarius debeat totidem reddere in eadem bonitate et qualitate, sequitur etiam quod non possit reddere vinum novum pro vino veteri (*L. 3 ff. h. t.*); sed quid si pretium vini sit diminutum? Satisfacit mutuatarius reddendo totidem vini ejusdem bonitatis et qualitatis, etenim quantitas pretii non afficit intrinsecam bonitatem et substantiam vini, ita ut non obstante ista mutatione, vinum maneat ejusdem qualitatis et bonitatis intrinsecae, et sic recte dicitur mutuatarium idem reddere quod accepit: idem est, si pretium vini sit auctum, dum mutuans id repetit; tunc enim etiam tenetur mutuatarius ad totidem vini restituendum, non obstante pretii augmento.

Quid si pecunia mutuo data sit, an satisfacit mutuatarius reddendo v. g. nummos argenteos pro aureis quos accepit, vel viceversa? Affirmative, modo totidem restituat in pecunia; non enim ipsa nummorum corpora, sed quantitatem quam efficiunt respicimus (*L. 1 pr. ff. de contr. emp.*): sic qui pecuniam accipit mutuam, non est debitor certorum corporum, sed aestimationis quam ista corpora efficiunt; jam autem solvendo alios nummos, illam aestimationem solvit, et proinde liberari debet (argumento *L.* 65 *§ 1 ff. de verb. oblig.*, *L. 1 § ult. ff. de aur. leg.*, *L.* 99 *ff. de sol. et lib.*).

Nec obstat quod in mutuo debeat reddi idem genus, aurum vero et argentum differant, adeoque quod non magis liberetur debitor reddendo nummos argenteos pro aureis, quam si vinum vel oleum reddat; nam verum quidem est quod aurum vel argentum genere differant, si nempe considerentur ipsa corpora argentea vel aurea, sed pecunia non datur mutua, ut aurea, seu ipsa auri corpora non deducuntur in mutuum, sed tantum valor ipsorum, seu quantitas quam efficiunt, nummi enim argentei eandem quantitatem efficiunt. Aliud esset si is, qui nummos accepit mutuos, reddat oleum vel vinum; is enim non potest dici idem genus reddere, ut in casu nostro, ubi pro pecunia quam accipit pecuniam reddit.

Eodem modo solvitur hoc argumentum, quod debeant in mutuo reddi res ejusdem bonitatis et qualitatis, et quod argentum sit vilius quam aurum; hoc enim verum est, si consideres corpus argenti et auri, sed non si consideres quantitatem, ut in pecunia, quae mutuo datur, consideratur.

Quae diximus obtinent, nisi aliter convenisset; item nisi damnum sentiret creditor ex solutione, quam mutuatarius ei facit in certa moneta (*L.* 99 *ff. de sol. et lib.*), ubi dicitur: *debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit*; loco *debitorem* plerique legunt *creditorem*, sed vox *debitorem* potest retineri, si intelligamus J. C. de eo, qui nummos in certa moneta mutuos rogaverat; quamvis enim hic proprie loquendo non sit adhuc debitor, improprie tamen debitor vocari potest, quatenus debiturus est post acceptum mutuum: hic itaque, juxta hunc intellectum legis, non est cogendus nummos in alia forma accipere, quam in qua rogaverat, si ex ea re damnum sensurus sit; idem ergo in creditore dicendum.

Sed quomodo potest J. C. decidere, eum, qui mutuum rogaverat, non esse cogendum in alia forma accipere nummos, cum nequidem in eadem forma cogatur accipere, et semper in ejus potestate sit non accipere (*L. 30 ff. h. t.*)? Est quidem in potestate ejus, qui rogavit mutuum, accipere illud vel non accipere; sed si creditor in conquirenda

pecunia fecerit sumptus, vel pecuniam sub usuris sumpserit, ut eam daret mutuam, hoc certe casu, si alter recuset mutuum, tenebitur ad interesse creditoris, et sic vel debet accipere mutuum, vel praestare creditori quod ejus interest; quod secus est, dum in alia forma nummi ei offeruntur, quam in qua rogaverat, si damnum ex eo mutuatarius pateretur.

§ X.

Quid si valor monetae post mutuum acceptum auctus sit vel diminutus? Duplex est monetae mutatio: extrinseca, dum retenta eadem moneta, augetur vel minuitur ejus aestimatio: et intrinseca, dum nova moneta euditur melioris vel deterioris materiae, cui idem valor imponitur, qui monetae antiquae erat impositus. Ubi mutatio est extrinseca, ea nocet vel prodest mutuatario; sic si 70 ducatos dederim tibi mutuos, tempore quo quilibet ducatus valebat 6 florenis, et postea valor ducati augeatur ad 7 florenos, satisfacies reddendo 60 ducatos, quoniam 60 ducati tam multum valent, quam valebant 70, dum eos dedi mutuos: hocque est conforme ante dictis. quod in pecunia mutuo data non ipsa nummorum corpora, sed aestimatio in obligationem deducatur: sic, dum 70 ducati mutuo dantur tempore quo ducatus valebat 6 florenis, idem est ac si 420 floreni darentur mutui; jam autem mutuatarius reddens 60 ducatos tempore quo ducatus valet 7 florenis, reddit etiam 420 flurenos, et sic recte dicitur reddere idem quod acceperat: viceversa, si ponas quod dederim 60 ducatos mutuos, tempore quo ducatus valebat 7 florenis, et postea valor ducati minuatur ad 6 florenos, non satisfacis reddendo 60 ducatos, sed 70 reddere debes, ut possis dici totidem restituisse quam accepisti.

Nec obstat quod, si vinum mutuo datum sit, et vini pretium sit auctum vel diminutum, non sit inspiciendus valor vini, qui erat tempore contractus, sed tempore quo petitur (*L.* 22 *ff. h. t.*); ita ut si tibi dederim 7 lagenas vini mutuas, tempore quo lagena valebat 6 solidis, et postea dum repeto vinum valeat 7 solidis, non satisfacias reddendo 6 lagenas, sed 7 reddere debeas, quamvis 6 jam valeant tam multum, quam valebant 7 tempore quo mutuum contrahebatur. Nam disparitas est quod, dum nummi mutuo dantur, illi non dentur ntutuo ut nummi, sed ut continentes valorem quem efficiunt tempore quo mutuum contrahitur, ita ut illo valor in obligationem deducatur: aliud est in mercibus, v. g. vino; cum enim in dies earum aestimatio mutetur, ipse merces, non aestimatio earum in obligationem deducuntur, ita ut non hoc agatur ut debitor obligetur ad reddendam aestimationem mercium quas accepit, sed ad reddendas ipsas merces: licet ergo valor mercium sit auctus, non defungitur, nisi reddat totidem quam accepit, eum ista mutatio pretii non afficiat intrinsecam bonitatem et qualitatem mercium. Quae diximus de mutatione extrinseca monetae, dici etiam possunt de intrinseca, ut si v. g. 100 ducati mutuo dati sint, postea autem novi ducati eudantur ex auro deteriori, vel minoris ponderis, satisfaciet debitor solvendo 100 ex illis novis ducatis, semper ex eadem ratione, quod in mutuo non considerentur ipsa corpora nummorum, sed valor: jam autem illi novi ducati, licet deterioris materiae, eundem tamen valorem habent quam antiqui, et sic recte potest dici idem redditum quod acceptum.

Quod si universalis monetae mutatio contingeret, v. g. si statueretur ut floreni brabantici valerent ut gallici, jam is v. g. qui 100 florenos brabanticos accepisset mutuos, certe non satisfaceret reddendo 100 florenos gallicos, sed deberet reddere tot florenos gallicos, quot sufficiunt ad constituendos 100 florenos brabanticos; floreni enim gallici non idem efficiunt quod brabantici efficiebant, et sic non potest dici idem reddidisse, si reddat tot florenos gallicos.

Actio, quae datur mutuanti contra mutuatarium, vocatur *condictio certi*, quo nomine vocatur omnis actio personalis, per quam aliquid certi petimus nobis dari (*L.* 9 *ff. h. t.*, *L.* 74 § 1 *ff. de verb. oblig.*).

DIGRESSIO

AD

TITULUM XXX LIBRI IV CODICIS

DE NON NUMERATA PECUNIA.

Cum saepe contingeret eos, qui mutuam rogaverant pecuniam, spe accipiendae illius, chirographa emittere, quibus fatebantur sibi numeratam esse pecuniam mutuam, quae tamen eis numerata non erat, nec postea numerabatur, introductum fuit ut, qui simile chirographum seu cautionem emisisset, intra biennium creditorem petentem ex illa cautione pecuniam sibi reddi, posset repellere per exceptionem non numeratae pecuniae, ita ut illa cautio nullam probationem intra biennium faciat, sed creditor debeat aliunde probare se revera pecuniam numerasse, hoc ita, si intra biennium conveniatur is, qui chirographum emisit. Quod si non conveniatur intra illud tempus, jam certe hac exceptione uti nequit, cum exceptio praesupponat actionem, unde jam duo alia remedia ei sunt prodita; nempe primo potest repetere suum chirographum per condictionem sine causa, quatenus sine causa hoc chirographum apud creditorem est (*L.* 7 *cod. h. t.*); vel secundo potest protestari in scriptis nullam sibi pecuniam numeratam esse, et mediante hac protestatione exceptionem suam, quae alias biennio tantum competiisset, reddere perpe-

Digitized by Google

tuam (*L.* 8, *L.* 14 § 4 *cod. h. t.*), ubi etiam statuitur quomodo haec protestatio fieri debeat.

Exceptio non numeratae pecuniae non tantum competit ei, qui chirographum emisit, sed heredibus quoque, fidejussoribus, mandatoribus etc. (*L.* 8, *L.* 12 *cod. h. t.*); sic etiam si v. g. fundum hypothecae assignem Titio pro pecunia mutua, et postea eundem Maevio hypothecem, Titius autem intra biennium agat actione hypothecaria contra Maevium, dicens se esse priorem in hypotheca, et fundet se in meo chirographo, quo fassus sum me pecuniam mutuam accepisse, Maevius eum repellere poterit exceptione non numeratae pecuniae; omnis enim probatio huic chirographo intra biennium detracta est (*L. pen. cod. h. t.*).

Quid si debitor fateatur partem sibi numeratam esse, aliam neget, v. g. cum in chirographo scripsisset sibi 1000 numerata esse, dicat 500 tantum sibi esse numerata, an pro reliquis 500 exceptionem non numeratae pecuniae potest opponere? Affirmative; si enim quoad totum eam opponere potest, etiam quoad partem poterit, cum eadem omnino sit ratio.

Nec obstat *L.* 2 *cod. h. t.*, ubi dicitur debitorem tantum partem reddere debere ejus, quod scripsit se accepisse, *si constiterit* eum non ultra accepisse; cum enim creditor probare debeat se totam summam numerasse, nisi illud in casu probet, aliquo modo potest dici constare debitorem non ultra accepisse, quam dicit.

Quid si debitor solverit partem ejus pecuniae, quam scripserat se accepisse? Certe pro parte soluta cessat omne remedium, eam enim repetere nequit per condictionem indebiti; nam vel sciens se non accepisse solvit, et tunc donasse videtur, vel ignorans, et tunc etiam non audietur; ignorantia enim proprii facti probabilis non est. Sed quid de parte non soluta, an quoad eam adhuc uti poterit exceptione non numeratae pecuniae? Videndum an partem solverit ut partem, quo casu fidem suae cautionis in totum agnovit, adeoque et alteram partem solvere cogetur (*L.* 4 *cod. h. t.*): si vero partem solverit ut totum, v. g. cum scripto contineretur se 1000 accepisse, solverit 500, dicens se non accepisse plus, pro reliquis 500 objicere adhuc potest exceptionem non numeratae pecuniae; non enim hic potest dici, quod cautionem in totum agnoverit, sed pro parte tantum quam solvit, et sic quoad reliquam partem salva ei est exceptio.

Exceptio haec tantum habet locum, si quis scripserit ex mutuo se debere, seu pecuniam sibi ex causa mutui numeratam esse; si enim quis scripserit ex alia causa se debitorem esse, non poterit ille postea probationem debiti in adversarium rejicere, sed scripturae illi fides habebitur (*L.* 5, *L.* 13 *cod. h. t.*), juxta generalem regulam quod scriptura privata probet contra scribentem, a qua regula tantum reperitur exceptus casus, ubi quis scripsit se mutuam pecuniam accepisse: caeterum non videtur interesse, an quis scripserit se pecuniam numeratam mutuam accepisse, an vero alias res, cum imperator in L. 14 *pr. cod. h. t.* dicat huic exceptioni intra biennium locum esse in contractibus, in quibus pecuniae, vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur.

Quid jam si is qui chirographum emisit, quo fassus est se pecuniam mutuam accepisse, intra biennium nullo ex supra dictis remediis sit usus? Post biennium, si ex sua scriptura conveniatur, omnimode compelletur solvere; nec audiendus est, licet probare velit nullam numerationem sibi esse factam, non enim jam amplius de numeratione quaeritur, nec in ea se fundat actor, sed tantum quaeritur de scriptura; huic autem scripturae obligatio a lege est annexa, quae vocatur *litterarum obligatio*, et profecto constat ex *tit. inst. de litter. oblig.*, item ex *h. t. cod.* dari obligationem litterarum, quae, juxta omnes, est dum quis fassus est se pecuniam mutuam accepisse; jam autem certum est quod ante biennium illa scriptura non inducat obligationem, imo nequidem ad probationem valeat; superest ergo ut post biennium illa scriptura reddat scribentem vere obligatum, quod tamen non contingeret, si post biennium adhuc quaeri posset, an numerata sit pecunia: probatur hoc etiam ex eo, quod in variis legibus sub *h.t.* dicatur, *omnem querelam post biennium evanescere, eumque, qui intra biennium questus non est, omnimode compelli solvere* (*L.*8, *L.*10, *L.*14 *pr. cod. h. t.*); et certe nihil in eo est iniqui, si enim revera pecuniam non acceperit debitor, quare toto biennio tacuit? Hoc solum, quod tamdiu tacuerit, argumento est quod revera pecunia sit ei numerata, estque haec praesumptio juris et de jure, contra quam probatio in contrarium non admittitur. Hinc etiam deciditur in *L.* 14 § 3 *cod. h. t.* eum, qui scripto fassus est se pecuniam mutuam accepisse, post biennium nequidem audiendum esse, si juramentum velit deferre creditori an revera numeraverit: hodie tamen adhuc post biennium auditur is qui scripsit, si probare velit nullam numerationem sibi esse factam; imo et jusjurandum post hoc tempus deferre potest creditori, ut juret an numeraverit (*Stockmans decis* 126).

In *L.* 14 § 2 *cod. h. t.* cavetur etiam de creditore qui apocham dedit, pecuniam sibi solutam esse, quae tamen soluta non erat, diciturque eum intra triginta dies posse excipere solutionem sibi factam non esse, idemque statuitur de eo, qui, cum chirographum dedisset, quo fassus erat se debere, solvit, nec chirographum recepit, ita ut post triginta dies hi non amplius audiantur, ut nec post hoc tempus juramentum possint deferre, quemadmodum subjicitur in § 3, quod tamen hodie etiam secus obtinet; creditor enim, qui apocham dedit,

adhuc post triginta dies auditur, si probare volit solutionem non esse factam, imo et jusjurandum debitori potest deferre (*Stoekmans eadem decis.* 126).

Quod attinet alias confessiones debiti extra causam pecuniae numeratae ex mutuo, de eis est haec regula: quod si negetur debitum, et is qui scripsit repetat chirographum tamquam indebite emissum, probatio incumbat ei qui repetit, si modo causa debendi fuerit in chirographo expressa; tale enim chirographum omnino contra scribentem probat (*L.* 13 *cod. h. t.*): quod si nulla causa debendi sit expressa in chirographo, sed simpliciter scripserit quis se debere v. g. centum, probatio incumbit creditori, qui deberi sibi dicit (*L.* 25 § *ult. ff. de prob.*).

Tandem in *auth. contra sub h. t.* statuitur, ut qui propriam scripturam abnegat, item qui negat pecuniam sibi numeratam esse, uterque, si mendacii convincatur, condemnetur in duplum.

TITULUS II.

DE JUREJURANDO, SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO, SIVE JUDICIALI.

Titulum hunc disce ex decretalibus.

TITULUS III.

DE IN LITEM JURANDO.

Jurare in litem est pro affectione sua rem, quae in judicium deducta est, aestimare. Hoc juramentum debet deferri a judice actori, quoties res in judicium deducta a reo dolo malo vel culpa lata non exhibetur, vel non restituitur. In potestate judicis est taxare in quam quantitatem juretur, quo casu intra eam quantitatem jurare poterit actor; quod si judex eam quantitatem non determinaverit, in infinitum actor jurare poterit, utroque tamen casu potest judex quantitatem in quam juratum est moderare, et in minorem summam reum condemnare. Hujus juramenti in litem aequitas maxima est, consistens nimirum in eo quod durum et iniquum foret propter dolum et contumaciam rei ab actore rem suam auferri etiam justo pretio.

TITULUS IV.

DE CONDICTIONE CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA.

§ I. Quid condictionum nomine veniat.
§ II. De condictione causa data causa non secuta.
§ III. Requisita ad hanc condictionem, et primo ut aliquid datum sit.
§ IV. Secundo ut datum sit ob causam futuram.
§ V. Quid si causa tacite insit.
§ VI. Quid si causa sit impossibilis.
§ VII. Tertio requiritur ut per accipientem steterit quominus causam adimpleat.
§ VIII. De condictione ex capite poenitentiae.
§ IX. Quibus casibus cesset condictio ex capite poenitentiae.
§ X. De actione praescriptis verbis.
§ XI. Quare condictioni ex capite poenitentiae locus non est in contractibus nominatis.

§ I.

Nomine condictionis late sumpto venit omnis actio personalis, qua intendimus aliquid nobis dari, aut fieri oportere (§ 15 *inst. de act.*): strictius tamen loquendo, hoc nomine vocamus actiones personales, quae proprium nomen non habent, sed nomen desumunt ab eo quod gestum est; et de his actionibus, seu condictionibus sub hoc et sequentibus titulis agitur.

§ II.

Condictio *causa data causa non secuta*, de qua hic agitur, et quae in codice vocatur *condictio ob causam datorum*, praecipuo locum habet in contractibus innominatis, qui incipiunt a dando; per hanc enim condictionem is qui aliquid dedit, ut alter vicissim aliquid daret vel faceret, id quod dedit repetere potest, propterea quod non impleat alter id propter quod ei datum erat.

§ III.

Ut locus sit huic condictioni requiritur primo ut aliquid datum sit, saltem virtualiter. Secundo, ut aliquid datum sit ob causam futuram, eamque honestam. Tertio, ut steterit per eum qui accepil, quominus eam impleat, vel saltem ut is in mora sit implendi causam; requiritur ergo primo ut quid datum sit: quod si quis aliquid fecerit ob causam, quae secuta non est, res ipsa loquitur huic condictioni non esse locum; factum enim quod posuimus condicere non possumus, cum id quod factum est nequeat fieri infectum: excipitur vero si tale factum sit, quod habet vim dationis; sic si v. g. acceptotulerim debitori meo id quod mihi debebat, ut quid daret vel faceret, licet proprie loquendo nihil dederim, cum tamen acceptilatio mea vim dationis habeat, recte pecuniam quam acceptotuli condicam, si debitor causam propter quam acceptotuli non impleat (*L.* 4, *et* 10 *ff. h. t.*).

§ IV.

Debet secundo aliquid datum esse ob causam futuram: quid si ob causam praeteritam quid datum sit, quae causa non extitit? Si sit talis causa, quae si extitisset induxisset obligationem ad dandum, is qui ex tali causa putans eam extitisse, dedit, repetere potest id quod dedit, non quidem per hanc condictionem, sed per condictionem indebiti; solvit enim indebitum, putans per errorem

se debere: sic si putans eum, cui heres existo, a te centum mutua accepisse, illa centum tibi solvam, repetere possum per condictionem indebiti, si mutuum non dederis. Si vero causa talis sit, quae licet extitisset, obligationem tamen non induxisset, et putans eam extitisse dederim, nullomodo id repetere potero: sic v. g. si dem tibi 100, quia negotia mea curasti, licet non curaveris, tamen repetere non possum quae dedi (*L.* 52, *et* 65 § 2 *ff. de cond. indeb.*): ratio est, quod licet putaverim causam extitisse, nihilominus tamen sciebam me non esse obligatum ad tibi aliquid dandum, sicque donare volui et liberalitatem exercere, ita ut liberalitas mea proprie sit causa ex qua dederim, et illa causa quam expressi sit magis conditio, sine qua non dedissem, quam vera causa.

Non sufficit adhuc ob causam futuram aliquid datum esse, ut locus sit huic condictioni, sed ulterius debet ista causa fuisse expressa; hinc si tibi dederim aliquid sperans me a te remunerandum, vel te amiciorem mihi futurum, licet illa causa non sequatur, repetere tamen non possum (*L.* 3 § 7 *ff. h. t.*, *L.* 7 *cod. eod.*); pure enim donasse censeor, et quamvis causam in mente habuerim, eam tamen non expressi; propositum autem in mente retentum nihil operatur (*L.* 50 *ff. de condict. indeb.*).

§ V.

Sunt tamen casus, in quibus condictio haec locum habet, licet nulla causa expressa sit, quando nempe causa tacite inest, et subintelligitur in eo quod geritur, quo spectat *L.* 6 *ff. h. t.*, ubi supponitur quod quis pro muliere dotem dedisset futuro ejus marito, et pactus esset dotem sibi reddi, casu quo matrimonium solveretur: nuptiae non fuerant secutae: quaerebatur an qui dotem dederat, eam repetere posset? Ratio dubitandi erat, quod tantum pactus esset, ut dos sibi redderetur casu quo solveretur matrimonium; jam autem in casu non erat solutum, cum numquam fuerit contractum: deciditur tamen posse eum dotem repetere condictione causa data causa non secuta; dederat enim dotem, ut nuptiae sequerentur, quae secutae non sunt; verum quidem est, quod hanc causam non expresserit, sed causa illa sufficienter subintelligebatur, non enim est dos sine nuptiis, adeoque donationi dotis semper inest causa, ut nempe nuptiae sequantur. Caeterum supponitur in hoc exemplo, quod res in dotem datae fuerint pure, ita ut dominium statim transiret in accipientem; nam si datae essent sub conditione nuptiarum, tunc, non secutis nuptiis, non daretur condictio, sed reivindicatio; dum enim aliquid datur sub conditione, non alias transit dominium, nisi extet conditio, et ita conditione seu causa non existente, is qui tradit manet dominus, adeoque habet reivindicationem (*L.* 7 § *ult.*, *L.* 9 *pr. ff. de jur. dot.*).

§ VI.

Quid si aliquid datum sit ob causam futuram impossibilem? Distinguendum an is qui dedit, sciverit illam esse impossibilem, an non sciverit, ut siquidem non sciverit, condictio habeat locum; tunc enim qui dedit, ideo tantum dedit ut impleretur causa quam putabat posse impleri, adeoque cum non impleatur, merito potest repetere. Hinc si dederim centum ut Stichum, qui bona fide tibi serviebat, quemque ego putabam servum, manumitteres, qui tamen liber manumitti non poterat, centum quae dedi condicam (*L.* 3 § 5 *ff. h. t.*, *L.* 6 *cod. eod.*). Aliud est, si qui dedit sciebat causam esse impossibilem, tune enim non competit condictio; nam is voluit simpliciter donare, non ob causam dare, cum sciret illam non posse impleri. Quod si causa non natura quidem sit impossibilis, sed legibus tantum, seu si sit turpis, tunc non huic condictioni, sed condictioni ob turpem causam, de qua tit. sequenti, locus est.

§ VII.

Requiritur tertio, ut steterit per accipientem quominus impleret causam, vel saltem ut is aliquo modo in mora fuerit eam implendi; itaque si casu fortuito factum sit ne causa impleri possit, non erit locus condictioni causa data causa non secuta (*L.* 3 § 3 *ff. h. t.*, *L.* 10 *cod. eod.*). Hinc si v. g. dederim tibi centum, ut Stichum intra certum tempus manumitteres, quamvis causa ob quam dedi secuta non sit, non tamen potero hac condictione repetere quod dedi, si forte Stichus ante illud tempus mortuus fuerit, quia casu fortuito accidit ne eum manumittere possis, nec ulla mora a te commissa est.

§ VIII.

Praeter condictionem causa data causa non secuta, is qui dedit aliquid ob causam ex contractu innominato, aliam adhuc condictionem habet, quae vocatur *condictio ex capite poenitentiae*, qua agere potest si eum poeniteat dationis, idque, licet alter paratus esset causam, ob quam datum est, implere, modo tamen eam non impleverit; hinc dum quid dedi ob causam, quae casu fortuito non potuit impleri, licet id quod dedi repetere non possim condictione causa data, ut diximus, repetere tamen possum condictione ex capite poenitentiae (*L.* 5 *pr. ff. h. t.*), ubi supponitur quod tibi dederim pecuniam ut Capuam ires, quodque ob adversam valetudinem, vel tempestatem non potueris proficisci; dicit J. C. repetitionem cessare, quibus verbis vult non esse locum condictioni causa data, sed tamen subjicit *sed cum liceat poenite-*

re ei qui dedit, proculdubio repetitur id quod datum est; unde dum in *L.* 3 § 3 *ff. eod.* idem Ulpianus ait cessare repetitionem, casu quo servus propter cujus manumissionem pecuniam tibi dederam, mortuus est, idque ante tempus intra quod manumitti debuit, id intelligendum est de repetitione per condictionem causa data, non vero de ea, quae ex poenitentia datur.

Obstare videtur *L.* 5 § 1 *ff. de praescript. verb.*, ubi supponitur quod scyphos tibi dederim, ut Stichum mihi dares, dicit J. C. quod Stichus sit periculo meo; atqui tamen si verum sit, mortuo Sticho, me adhuc repetere posse scyphos ex capite poenitentiae, non videtur verum dicere, quod Stichus sit meo periculo. Sed R/. quod Stichus ibi dicatur esse meo periculo hoc sensu, quod si moriatur sine tua culpa, non possim te cogere ad implementum contractus per actionem praescriptis verbis, sicut te possem cogere, si viveret, ita ut non possim amplius Stichum petere, et nequidem ad aestimationem tenearis, sicque per illa verba J. C. non excludit condictionem scypherum ex capite poenitentiae, de qua ibidem non quaerit, sed excludit tantum actionem praescriptis verbis.

Obj. etiam *L.* 10 *cod. h. t.*, ubi dicitur quod si pecunia data sit ob causam, quae fortuito casu non est secuta, certum sit eam pecuniam minime repeti posse: sed dum ibi dicitur *minime repeti posse*, hoc intelligitur de condictione causa data, non vero de condictione ex capite poenitentiae, eodem modo ut in *L.* 5 *pr. ff. h. t.*, ubi, postquam J. C. graviter negaverat pecuniam posse repeti, statim tamen addit, aliud esse, si dantem poeniteat.

§ IX.

Caeterum variis casibus cessat haec condictio ex capite poenitentiae: sic imprimis, si alteri, cui datum est, jam aliquid absit, puta quod jam inde aliquos sumptus fecerit, vel aliquod damnum sit passus occasione ejus quod convenit, poenitere amplius dantem non potest, tunc enim res non est amplius integra; hinc si dederim tibi aliquid ut pro me Capuam ires, et jam inde sumptus necessarios ad proficiscendum feceris, non potero ex capite poenitentiae condicere quod tibi dedi, nisi tamen paratus essem tibi illos sumptus refundere (*L.* 5 *pr. ff. h. t.*): alia exempla sunt in *ead.* *L.* 5 § 2 *et seqq.* Praeterea cessat etiam haec condictio, si quid datum sit transactionis causa, ut a lite v. g. discederetur; publice enim interest ne lites resuscitentur (*L.* 39 *cod. de transact.*).

§ X.

Praeter has duas condictiones, de quibus egimus, is qui aliquid ob causam ex contractu innominato dedit, adhuc habet aliam actionem, quae vocatur *praescriptis verbis*, et quae datur ei, qui contractum ex sua parte implevit, ut alterum cogat etiam adimplere ex sua parte; sed de hac actione agitur in libro 19 *ff.*

§ XI.

Quare condictioni ex capite poenitentiae non est locus in contractibus nominatis? Quia in his alter alteri statim incipit teneri, et alter alterum cogere potest ut impleat contractum; sic nullus amplius poenitentiae est locus. Sed in contractibus innominatis, licet jam unus impleverit contractum, is tamen non est alteri obligatus; is enim qui dat aliquid, ut alius vicissim quid det vel faciat, non ideo dat ut sese obliget alteri, sed tantum dat ut alterum sibi obliget ad dandum vel faciendum, et consequenter adhuc poenitere potest, quamdiu alter non implevit, quae ratio, cum hodie adhuc obtineat, etiam videtur huic condictioni hodie adhuc locum esse.

TITULUS V.

DE CONDICTIONE OB TURPEM VEL INJUSTAM CAUSAM.

Superior condictio causa data causa non secuta tunc locum habet, dum quid datum est ob causam futuram honestam; haec, dum quid datum est ob turpem causam, differtque a priore in eo, quod condictioni causa data causa non secuta locus non sit, ubi causa, ob quam datum est, fuit impleta; huic vero locus sit, sive causa turpis propter quam datum est sit impleta, sive non (*L.* 1 § 1 *et* 2 *ff. h. t.*); is enim, qui turpem causam implevit, non debet esse melioris conditionis, quam qui non implevit.

Potest autem causa, ob quam datum est, esse turpis triplici modo: primo si sit turpitudo tam ex parte dantis, quam ex parte accipientis: secundo si sit turpitudo ex parte dantis tantum: tertio si sit turpitudo ex parte accipientis tantum.

An ergo haec condictio locum habet quotiescumque aliquid datum est ob causam turpem uno ex illis tribus modis? Negative; sed tunc tantum locum habet, si turpitudo versetur ex parte solius accipientis. Hinc imprimis, repeti per hanc condictionem non potest quod datum est ob causam turpem ex parte utriusque, v. g. si dederim aliquei pecuniam ut Titium occideret, si judici ut male judicaret etc. (*L.* 3, *L.* 4 *pr. et* § 1 *ff. h. t.*); nam cum ambo, tam qui dedit, quam qui accepit deliquerint, ambo sunt in pari causa; in pari autem causa melior est conditio possidentis, sicque quod datum est condici a possidente, seu ab eo qui accepit non potest.

Quid si pecuniam dederim judici, ut secundum me sententiam ferret, cum mea causa esset bona? Est turpitudo ex parte utriusque, adeoque condic-

tio cessat; nam imprimis dubium non est quin sit turpitudo ex parte judicis, si enim mea causa sit bona, ille ultro tenetur ferre sententiam secundum me; est etiam ex parte mea turpitudo, cum haec actio tendat ad corruptionem judicis, et judicem obstringat ei qui dedit; et profecto non erat dantis judicare an causa sua esset bona vel non, nam quisque litigator credere potest, imo et debet suam causam esse bonam; haecque videtur mens Ulpiani in *L.* 2 § 2 *ff. h. t.*, ubi postquam dixerat relatum esse in hac specie esse locum condictioni, statim subjicit, *sed hic quoque crimen contrahit, judicem enim corrumpere videtur*; si crimen contrahit is qui dat, ergo est turpis causa respectu ipsius, sicque cessat repetitio.

Quid si nihil datum sit, sed promissum tantum ex causa in qua vertitur utriusque turpitudo? Qui promisit cogi noo potest ad solvendum; sunt enim ambo iterum in pari causa, et promissor jam possidet; ergo melior est ipsius conditio, cui accedit haec ratio, quod promissio omnis ob turpem causam sit nulla, ita ut ex ea non detur actio, vel saltem si detur, ea enervari possit per exceptionem doli mali (*L.* 26 *et* 123 *ff. de verb. oblig.*, *L.* 8 *ff. h. t.*, *L.* 5 *cod. eod.*).

Si sit turpitudo ex parte dantis, sed non accipientis, huic condictioni etiam non est locus; si enim ei locus non est, dum non tantum dans, sed etiam accipiens turpiter facit, a fortiori ei locus esse non debet, ubi nulla turpitudo ex parte accipientis versator. Exemplum turpitudinis ex parte solius dantis est in *L.* 4 § 3 *ff. h. t.*: si meretrici aliquid datum sit ob usum corporis; nempe apud Romanos tolerabantur meretrices, haeque publice id apud magistratum profitebantur, in qua quidem professione turpitudo certe versatur; sed illa professione supposita, quod in consequentiam ejus aliquid percipiant, in eo nulla turpitudo ex parte earum est, juxta ratiocinium J. C., *illa enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.*

Quid si quis promiserit meretrici? Non videtur posse exigi quod promissum est; nam quidquid sit de isto dicto J.C., quod non sit turpitudo ex parte meretricis, sufficit quod sit turpitudo ex parte dantis, ut possit dici promissio ob turpem causam; ergo nil exigi potest (*L.* 26 *ff. de verb. oblig.*, *L.* 8 *ff. h. t.*).

Superest videre de causa turpi ex parte accipientis taotum, quo solo casu huic condictioni est locus: exempla sunt, si dem pecuniam depositario ut mihi reddat quod apud eum deposui, si dem alicui pecuniam ne crimen committat etc. (*L.* 2 *pr. et* § 1, *L.* 4 § 2 *ff. h. t.*, *L.* 4, *pen. et ult. cod. eod.*), et generaliter definiri potest, toties verti turpitudinem ex parte solius accipientis, quoties is aliquid accipit ad faciendum aliquid, ad quod faciendum jure obligatus erat; item quoties accipit aliquid ad abstinendum ab aliquo facto, quod non nisi turpiter ponere poterat, ut constat ex exemplis in dictis legibus relatis.

Quid si acceperis pecuniam ad id faciendum, ad quod ex humanitate tantum tenebaris? Non accipis turpiter, cessatque proinde condictio, ut si v. g. dederim tibi pecuniam, ut servum meum fugitivum indicares, aut ut furem, ad hoc enim faciendum jure non tenebaris (*L.* 4 § *ult. ff. h. t.*, *L.* 15 *ff. de praescr. verb*): quod si promissum sit ob causam, in qua solius accipientis turpitudo versatur, clarum est non dari ex ea promissione actionem, vel saltem agentem posse repelli exceptione doli mali; si enim quod datum est ob talem causam repeti potest, a fortiori certe potest retinori, si nondum datum sit, sed promissum tantum.

TITULUS VI.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

§ I. Condictio indebiti in aequitate naturali fundatur.
§ II. Ad eam primo requiritur ut aliquid sit solutum.
§ III. Secundo, ut indebitum solutum sit.
§ IV. Quid si quis exceptione tutus solverit.
§ V. Quid si quis ante existentiam conditionis solverit.
§ VI. Exponitur *L.* 60 § 1 *ff. h. t.*
§ VII. Solutum ante diem quando repeti possit.
§ VIII. Quid si debens Stichum vel Pamphilum, utrumque per errorem solverit.
§ IX. Quid si debens centum, quasi ducenta deberet, in solutum dederit fundum valentem ducenta.
§ X. Quid si solutum non quidem a solvente deberetur, sed ab alio.
§ XI. Ad hanc condictionem tertio requiritur ut per errorem solutum sit.
§ XII. Quid si quis dubitans an deberet solverit.
§ XIII. Quo errore debet esse solutum ut huic condictioni locus sit.
§ XIV. Cui et contra quem datur haec condictio.
§ XV. Quid si et debitor et fidejussor solverint.
§ XVI. Contra quem datur haec condictio.
§ XVII. Quid petimus per hanc condictionem.
§ XVIII. Si rem alienam, quasi eam deberem solverim, quid condicere potero.
§ XIX. Cui incumbit probatio ejus, quod indebitum dicitur.
§ XX. Quandonam cessat haec condictio.
§ XXI. An qui scienter indebitum accipit furtum committit.
§ XXII. Exponitur *L.* 38 *ff. h. t.*

§ I.

Haec condictio ex naturali aequitate est introducta, quae non patitur ut quis cum alterius jactura fiat locupletior (*L.* 41, *et* 66 *ff. h. t.*). Oritur ex quasi contractu, nimirum ex eo quod videtur aut praesumitur agi inter solventem et accipientem; existimatur enim qui solvit eo animo esse, ut si indebitum sit, obliget accipientem ad restitutionem illius quod solvit, et qui accipit, creditur ad idem se obligare, unde invicem negotium

Google

aliquod geri videtur. Condictio haec definiri potest *actio personalis ex quasi contractu, quae datur ad repetendum id, quod indebite per errorem solutum est;* ex quo patet quod, ut ei locus sit, requirantur haec tria: ut aliquid solutum sit, ut indebite fuerit solutum, et ut fuerit solutum per errorem.

§ II.

Requiritur itaque primo ut aliquid sit solutum: solutionis autem verbum hic improprie accipitur, hic enim significat translationem omnem rei alicujus in alterum indebite factam; alioquin si proprie sumatur vox *solutio*, tantum importat praestationem ejus quod debetur, qualis solutio certe locum non facit huic condictioni. Quidcumque ergo in alterum indebite transtuli, sive sit dominium, sive possessio alicujus rei, possum per hanc condictionem repetere, modo tanquam debitum transtulerim (*L.* 15 § 1 *ff. h. t.*): utilitatem etiam quam in alterum indebite transtuli, repetere possum v. g. si per errorem debitori meo acceptotulerim. Condictio etiam competit, si chirographum vel cautionem quis indebite emiserit (*L.* 3 *cod. h. t.*); si enim ipsam pecuniam, quam indebite solvi possum repetere, a fortiori certe repetere possum chirographum quod emisi: caeterum condictio, qua cautio vel chirographum indebite emissum repetitur, potius videtur esse condictio sine causa, quam condictio indebiti.

§ III.

Requiritur secundo ut indebitum solutum sit: tripliciter autem aliquid potest esse debitum; nempe vel naturaliter tantum, vel civiliter tantum, vel naturaliter et civiliter simul. Hinc etiam tripliciter aliquid indebitum esse potest: ut autem sit locus huic condictioni, debet esse naturaliter indebitum. Itaque sive quis debeat naturaliter et civiliter simul, sive naturaliter tantum, si solvat, non potest condicere(*L.* 13, *L.* 64 *ff. h.t.*); etenim, ut diximus, haec condictio ex naturali aequitate est introducta, jam autem aequitas naturalis non patitur ut repetamus id, ad quod natura tenemur; e contra vult ut tali obligationi satisfaciamus. Quod si nec civiliter, nec naturaliter sit debitum, jam condictio habet locum, idemque est si civiliter tantum sit debitum; qui enim civiliter tantum debet, ex mera tantum juris civilis subtilitate est obligatus, ita ut civilis tantum obligatio proprie non sit obligatio, et consequenter excludere nequit hanc condictionem, quae tota nititur aequitate naturali.

§ IV.

Quid si aliquis, qui per exceptionem se defendere poterat, solverit? Imprimis si sit talis exceptio, quae in jure proprie venit nomine beneficii, cessat condictio; sic v. g. si unus ex duobus fidejussoribus, qui pro eodem debito se obligaverant, neglecto beneficio divisionis, totum debitum solverit, nihil potest repetere, quamvis mediante hoc beneficio tantum cogi poterat ad partem solvendam: idem est si fidejussor solverit, neglecto beneficio ordinis: sic etiam si maritus ab uxore conventus ad dotem restituendam, cum posset opponere beneficium competentiae, solidum solverit, nihil potest repetere (*L.* 8 et 9 *ff. h. t.*); illa enim beneficia non tollunt obligationem, sed tantum afficiunt executionem, ita ut his non obstantibus, debitor maneat vere et naturaliter obligatus, naturalis autem obligatio impedit hanc condictionem: idem est de exceptione temporali tantum, nam nec illa obligationem naturalem tollit, sed tantum efficit ne debitor intra certum tempus conveniri possit cum effectu. Si itaque quis tali exceptione tutus solverit, verum debitum solvit, et consequenter nequit repetere; sic v. g. si verus debitor, qui pactus erat cum creditore ne intra quinquennium a se peteretur, solverit intra quinquennium, id quod solvit non potest repetere.

Quod si sit exceptio perpetua, v. g. exceptio doli, metus, pacti de non petendo, transacti negotii etc., is qui tali exceptione tutus solvit per errorem, habet indebiti condictionem, nec mirum; nam qui talem exceptionem habet, natura obligatus non est, et quod contra ipsum adhuc actio detur, hoc tantum fit ex mera juris civilis subtilitate, quod tamen dicitur, eum qui exceptione perpetua tutus est, si solverit, posse repetere, intelligendum de tali exceptione, quae in favorem ejus est introducta, quales sunt exceptiones quas enumeravimus: quod si exceptio introducta sit in odium creditoris, talis exceptio non facit locum huic condictioni; exemplum est in exceptione senatus consulti Macedoniani, nempe filiusfamilias qui mutuam pecuniam accepit, quamvis creditorem petentem per exceptionem Macedoniani possit repellere, tamen si solverit, repetere nequit, est enim exceptio haec in odium creditorum introducta, qui per mutuum mores filiorum familias corrumpunt; talis autem exceptio obligationem naturalem non tollit, et sic non facit huic condictioni locum (*L.* 40 *pr. ff. h. t.*, *L.* 9 *§. ult.*, *L.* 10 *ff. de senat. cons. Maced.*). Praeterea quod dicitur, eum qui exceptione perpetua tutus est, et per errorem solvit, posse repetere, etiam tantum verum est de tali exceptione, quae alterius actionem enervat, et infringit, ita ut eam reddat inutilem, unde si v. g. bonae fidei possessor in re aliena quam possidebat impensas fecerit, quas deducere poterat, neglectaque deductione, fundum domino repetenti restituerit, is condictionem indebiti non habet; licet enim posset domino fundum suum repetenti exceptionem doli mali pro impensis illis opponere, tamen haec exceptio non

infringit actionem, quam dominus habet ad rem suam avocandam, nec eam reddit inutilem, sed tantum efficit ut possessor aliquo tempore possit rem retinere, donec nempe impensae ei solvantur, ita ut hoc remedium, quod bonae fidei possessor pro impensis habet, magis sit retentio, quam proprie dicta exceptio (*L.* 33 et 51 *ff. h. t.*). Deinde bonae fidei possessor, qui fundum domino reddit, nihil indebite solvit; reddit enim domino rem suam tantum, cum illae impensae in rem factae cedant solo cui inaedificatae sunt, adeoque et domino jam inde acquisitae sunt antequam res ei restituatur.

§ V.

Quid si aliquis, qui pecuniam sub conditione promiserat, ante conditionem existentem solverit per errorem? Repetere potest, quamdiu conditio non extitit; qui enim sub conditione debet, hic et nunc non debet, et forte nunquam debiturus est, sed tota obligatio est in suspenso, et consequenter talis solvit indebitum (*L.* 16 *ff. h. t.*); hoc tamen intelligendum est de conditione proprie dicta, seu de tali cujus eventus est incertus, nam si sit sub tali conditione promissum, quae certo est extitura, haec conditio non suspendit ipsam obligationem, sed tantum executionem seu solutionem afficit, estque vere debitum quod sub tali conditione promissum est, etiam antequam existat conditio, adeoque solutum nequit repeti (*L.* 18 *ff. h. t.*).

§ VI.

Huc pertinet *L.* 60 § 1 *ff. h. t.*, ubi hic casus proponitur. Aliquis, qui centum pure debebat, eadem centum promisit sub conditione novandi animo, et pendente conditione novationis per errorem solvit: dicit J. C. quod plerique putaverint posse repeti quod solutum est; sed hanc sententiam statim refellit, ita ut, juxta eum, quod solutum est nequeat repeti: ratio est, quod illa centum revera sint debita, sive conditio novationis existat, sive non; si enim existat, apparebit quod sint debita ex novatione, si non existat, erunt debita ex priori obligatione, adeoque apparet omni casu ea esse debita, et sic si soluta sint, non posse repeti.

Sed numquid novatio extinguit prius debitum, quod si verum sit, prius debitum quod purum erat, debet dici extinctum et transfusum in debitum conditionale per novationem, ita ut illa centum post novationem tantum debeantur sub conditione; jam autem id quod sub conditione debetur, si ea pendente solvatur, repeti potest antequam existat conditio; ergo etc. Verum quod dicitur novationem extinguere prius debitum, et in novum transfundere, tantum tunc verum est, dum novatio pure facta est; si enim sub conditione sit facta, non statim extinguit prius debitum, sed tantum tunc dum conditio existit; per novationem enim prius debitum transfunditur in novum; jam autem ex novatione conditionali non existit nova obligatio, antequam conditio sub qua facta est existat; quod si deficiat conditio, relinquitur prius debitum in suo statu (*L.* 14 *pr. ff. de novat.*). Jam autem in casu novatio fuit facta sub conditione, et proinde si non existat conditio, debebitur adhuc ex prima obligatione; si vero existat, debebitur ex novatione; adeoque omni casu debebitur, et ita licet pendente conditione novationis sit solutum, repeti non potest.

Objici potest, quod prior obligatio per novationem conditionalem sit reddita conditionalis, si nempe conditio, sub qua facta est novatio, non existat; jam autem obligatio ex ipsa novatione orta est etiam conditionalis, et sic videtur solvi quod sub conditione tantum debitum est. Ast licet verum sit utramque obligationem esse conditionalem, tamen ipsum debitum non est conditionale, hic et nunc enim certum est debitum iri, nam debetur vel ex priori obligatione, si deficiat conditio novationis, vel ex ipsa novatione, si conditio existat; certum autem est conditionem extituram, vel non extituram, sicque certum est debitum iri, licet incertum sit ex qua obligatione.

Obj. Suppone quod quis centum debeat sub conditione, quodque illa centum pure promittat novandi animo; tali casu, si solvat pendente conditione prioris obligationis, potest repetere; ergo etiam videtur posse repetere in casu thesis. Sed disparitas est quod in casu objecto solutum fuerit quod incertum erat an deberetur, erat enim debitum vere conditionale solutum; nam dum pure novatur quod sub conditione debetur, non est novatio, nisi conditio prioris obligationis existat (*L.* 14 § 1 *ff. de novat.*). Nam si conditio deficiat, non est debitum quod novari possit, adeoque non valet novatio; itaque si in casu objecto deficiat conditio prioris obligationis, nec ex priori obligatione, nec ex novatione debetur; est ergo incertum an unquam sit futurum debitum; sed in nostro casu erit semper debitum, vel ex priori obligatione, si deficiat conditio novationis, vel ex novatione, si existat.

Obj. Suppone quod alius promittat sub conditione novandi animo id, quod ego pure debeo; tali casu, si vel ego vel ille qui novavit solverit pendente conditione novationis, quod solutum est potest repeti; ergo etiam quando ipse debitor novat sub conditione id quod pure debebat, si pendente conditione novationis solvat, potest repetere. Sed disparitas est, quod dum alius novat sub conditione id, quod ego pure debeo, tunc quidem certum sit unum ex nobis debiturum, sed incertum est quis debiturus sit; nam si existat conditio novationis, qui novavit debebit; si non existat, ego debebo; adeoque antequam existat conditio, si unus ex nobis solvat, ille solvit quod est incertum an debiturus sit Sed quando eadem persona novat sub

conditione id quod pure debet, eam debiturum certum est, adeoque si solvat, repetere non potest.

Diximus ex *L.* 18 *ff. h. t.*, quod si quis promiserit sub conditione, quae certo extitura est, et antequam existeret solverit, is solutum nequeat repetere. Aliud est, si quis debeat ex causa ultimae voluntatis, licet enim conditio adjecta v. g. legato certo sit extitura, modo tamen non sit certum eam extituram vivo legatario, legatum est conditionale, ita ut si legatarius moriatur ante eventum conditionis, evanescat legatum; adeoque si cui legatum sit sub conditione certe extitura, si tamen incertum sit an vivo legatario sit extitura, legatum pendente conditione solutum potest repeti; debitum enim est incertum. Sed in actibus inter vivos sub conditione initis, uno contrahentium moriente antequam existat conditio, ille jus suum conditionale seu spem ad heredes transmittit, cum quisque non tantum sibi, sed et heredibus contrahat; si ergo conditio sit certo extitura, licet incertum sit an vivo creditore sit extitura, certum tamen est debitum iri, nam sive creditor tunc adhuc vivat, dum conditio existet, sive jam inde sit mortuus, equidem debebitur; sed legatario moriente ante conditionis existentiam, ille nil juris ad heredes transmittit, cum legata ex affectione erga legatarium relinquantur, quam affectionem testator non habet erga heredes legatarii, qui ipsi plerumque sunt ignoti: sic licet legatum sit relictum sub conditione certo extitura, si tamen incertum sit an vivo legatario sit extitura, legatum est vere conditionale, et prorsus incertum est an unquam debebitur; potest enim legatarius mori ante conditionis existentiam. Hinc si quid ita promissum sit, sive navis ex Asia venerit, sive non, et solutum sit antequam unum vel aliud certum esset, solutum nequit repeti, est enim certum id debitum iri (*L.* 60 *pr. ff. h. t.*, *L* 8 § 1 *ff. de per. et comm. rei vend.*): si vero ita legatum sit, sive navis ex Asia venerit, sive non, et heres legatum solverit antequam navis venerit, vel certum sit eam non venturam, repetere potest; licet enim certum sit navem venturam, vel non, potest tamen contingere quod legatarius jam inde mortuus sit ante adventum navis, aut antequam certum sit non venturam navem, id est ante existentiam unius ex istis duabus conditionibus, quo casu legatum non debebitur, est ergo incertum an legatum id unquam debebitur; et sic, si solvatur, repeti potest (*L.* 13 *ff. quando dies leg. ced.*).

§ VII.

Si id quod in diem promissum erat ante adventum diei solvatur, an repeti potest? Si sit incertum an dies extiturus sit, talis dies semper conditionem facit, adeoque quod in talem diem debetur potest repeti: sic si promiserim tibi centum dum consul fies, et solverim antequam fieres, solutum possum repetere; incertum enim est an unquam fies consul. Si vero sit dies, qui certo extiturus est, solutum repeti nequit; talis enim dies non suspendit obligationem, sed tantum afficit solutionem, ita ut vere obligatus sit is qui in diem debet, licet dies nondum extiterit (*L.* 10 *ff. h. t.*): sic v. g. si promiserim centum dare post quinque annos, et antea solverim, non potero repetere.

Sed an non potero saltem repetere usuras intermedii temporis? Negative; nequidem si alter illud commodum ex pecunia perceperit; ratio est, quod illas usuras non solverim, jam autem condictio non competit, nisi ad repetendum id quod solutum est. Nec ad rem facit quod haec condictio non tantum competat si quid revera solutum sit, sed etiam si utilitas aliqua indebite in alterum sit translata, nam nil plus transtuli in alterum quam centum; utilitas autem, quam alter percepit ex pecunia soluta, a me in ipsum translata non est, nec illa proprie percepta est ex pecunia soluta, cum pecunia de se sit sterilis, sed ex industria aut negotiatione, quam alter cum pecunia inivit.

Objici potest quod, qui plus re solvit, v. g. pro centum quae debebat solvit centum viginti, quod plus solvit possit repetere, ergo etiam is, qui plus tempore solvit, potest repetere: at dicimus, quod non possit dici in casu plus solutum, non enim plus solutum est, quam debebatur: est quidem verum quod qui petit ante tempus, dicatur plus tempore petere, quatenus debitori vult auferre commodum temporis; sed inde non sequitur quod debitor ante tempus solvens plus solvat quam debet, tempus enim non suspendit ejus obligationem, sed tantum executionem seu solutionem afficit.

Quod diximus, eum, qui in diem certum debet, non posse repetere, si solvat ante existentiam diei, generaliter verum est, si quis ex actu inter vivos debeat: quod si legato dies certo extiturus sit adjectus, incertum autem quando extiturus sit, tunc si etiam incertum sit an vivo legatario sit extiturus, talis dies conditionem facit, adeoque legatum cui talis dies adjectus est, v. g. lego Titio centum quando heres meus morietur, ante diem solutum repeti potest, cum incertum sit an unquam debebitur legatum; nam si legatarius moriatur ante diem existentem, legatum evanescit.

§ VIII.

Haec condictio non tantum habet locum, dum totum quod solvitur est indebitum, sed etiam quando pars tantum ejus quod solvitur est indebita, v. g. si quinquaginta debens, solvam centum; vel si medietatem fundi debens solvam totum, quinquaginta vel medietatem fundi repetam; nam eadem ratio militat pro parte indebite soluta, quae militat pro toto.

Quid de hoc casu: aliquis promiserat Stichum,

Digitized by Google

vel Pamphilum dare, et per errorem solvit utrumque? Satis certum est posse eum alterutrum repetere; non enim utrumquo debebat, sed alterutrum tantum, solvendo ergo utrumque, solvit indebitum: sed an repetere poterit quem volet, an vero electio erit creditoris, qui utrumque accepit, ut reddat quem volet? Et quidem Ulpianus, Celsus et alii, ut constat ex *L.* 26 § 12 *ff. h t*, dicebant creditorem posse eligere; Papinianus vero et Julianus dicebant posse eum qui solvit eligere, et horum sententiam Justinianus confirmavit in *L.* 10 *eod. h. t.*, et recte: ratio est quod, quando debitor utrumque solvebat, ejus esset electio solvendi creditori quem vellet, et alterum retinendi; si istam electionem amitteret, esset propter solutionem utriusque per errorem factam, et sic solutio per errorem facta noceret solventi, et alteri prodesset, quod aequitati repugnat. Argumentum eorum, qui electionem tribuebant creditori, erat hoc, quod creditor, postquam utrumque acceperat, inceperit teneri ad alterutrum restituendum, et sic quod sit factus debitor alternativus, jam autem regula est quod ad debitorem alternativum spectet electio solvendi quam vult ex rebus alternativo debitis: sed quamvis regulariter debitoris alternativi sit electio, hoc tamen obtinere non debet in casu nostro, ubi illam praetenderet cum damno et injuria solventis.

Obj. Suppono quod qui Pamphilum vel Stichum promiserat, utrumque per errorem solverit, is, Sticho mortuo, non potest amplius Pamphilum repetere; ergo signum est, quod non habeat electionem repetendi quem vult. ℟. Ideo uno mortuo non potest alterum repetere, quia si nullum adhue solvisset, uno mortuo alterum cogeretur dare; a fortiori ergo non potest repetere, sed qui superest pro soluto manebit (*L.* 32 *pr. ff. h. t.*).

Obj. *L.* 19 *ff. de leg.* 2, ubi dicitur quod si quis debeat Stichum vel Pamphilum, et putans se Stichum determinate debere, solverit Stichum, non possit eum repetere, sicque solutio per errorem facta adimit ibi debitori electionem, ergo etiam in vestro casu adimere debet. ℟. Dicimus quod Celsus quidem ita decidat in *d. L.*, sed quod Julianus in eodem casu decidat contrarium in *L.* 32 §. *ult. ff. h. t.*, ita ut in hoc puncto etiam fuerit dissensus inter J. C.; cum vero Justinianus probaverit sententiam Juliani in casu, quo debitor alternativus utrumque solverat, et sententiam Celsi rejecerit, dicendum est quod etiam illam approbaverit in altero casu, ubi qui alternative Stichum vel Pamphilum debebat, Stichum solvit putans se ad Stichum determinate teneri; utraque enim decisio eadem ratione nititur.

Objici etiam potest hoc argumentum: suppone quod duo rei debendi Stichum vel Pamphilum pariter utrumque solverint per errorem, unus Stichum, alter Pamphilum, tali casu competit electio creditori, cui uterque est solutus (*L.* 21 *ff. h. t.*); ergo etiam electio videtur ei competere debere, quando tantum est unus debitor alternativus, et is utrumque solvit. Sed disparitas est, quod in casu objecto debeat necessario electio spectare ad creditorem; quisque enim ex correis tantum unam rem solvit, et sic neuter eligere potest, cum electio non cadat nisi super plures res; sed in casu nostro potest debitor habere electionem, et sic ratio postulat ut eam habeat, nealias error suus ei noceat.

§ IX.

Quid de hoc casu: eum centum deberem, putabam me debere ducenta, solvi creditori fundum valentem ducenta, loco ducentorum quae debere me putabam, quid possum repetere? Decidit J. C. in *L.* 26 § 4 *ff. h. t.*, me posse repetere totum fundum, et me manere obligatum ad centum, prout eram ante solutionem. Ratio est, quod si tantum medietatem fundi possem repetere, et alteram medietatem cogerer relinquere apud creditorem, invitus cogerer esse in communione cum creditore, nemo autem invitus ad communionem compellitur; recte itaque dicam me quidem dedisse fundum pro ducentis, quae putabam me debere, sed tamen me non daturum fuisse medietatem fundi pro centum, si scivissem me centum tantum debere, et audiendus ero (argumento *L.* 47 §. 1 *ff. de minor.*). Si itaque totus fundus per condictionem indebiti possit repeti, sequitur quod pro nulla parte fuerim liberatus, sed quod tenear in centum prout ante; datio enim in solutum ita tantum debitorem liberat, si res quae in solutum datur irrevocabiliter in accipientem transferatur, quod in casu non contingit.

Monet autem praeterea J. C. in *d. L.* quod, quamvis competat mihi totius fundi condictio, non tamen cum effectu eam condicere possim, nisi prius centum quae debeo solvero, ita ut creditor tamdiu sit habiturus retentionem fundi soluti.

Quid si loco ducentorum, quae putabam me tibi debere, in solutum dederim quantitatem aliquam seu rem fungibilem v. g. duo dolia vini: si appareat postea me tantum centum debere, an jam etiam repetere possum totum quod in solutum dedi? Negative, sed medietatem tantum, seu unum dolium; jam enim periculum non est, ne in communionem incidam, prout erat periculum in casu, ubi species aliqua in solutionem data est, vel saltem non est talis communio, ex qua incommodum aliquod oriri potest, ut ex communione specierum (*d. L.* 26 § 5).

§ X.

Certum est condictionem indebiti tunc dari, quando nihil omnino debebatur; sed quid si is quidem

qui solvit non debebat, sed unus alius debebat, an ei qui solvit condictio competit? Affirmative, modo non fuerit solutum nomine veri debitoris; unde sequitur quod si is, qui bona fide putabat se heredem esse, solverit creditoribus hereditariis, et postea appareat eum non esse heredem, repetere possit a creditoribus; licet enim deberetur creditoribus, non tamen debebatur illis ab illo bonae fidei possessore, sed ab herede, et consequenter, licet bonae fidei possessor solverit, non tamen per illam solutionem liberatus est heres; nunquam enim liberatur quis per solutionem ab altero factam, nisi ille alter solvat nomine debitoris; jam autem in casu bonae fidei possessor non solvit nomine veri heredis, sed suo nomine, se enim heredem putabat; igitur solutio illa verum heredem non liberavit. Nec ad rem facit, quod bonae fidei possessor solvens voluerit liberare heredem vel hereditatem ab hoc debito, et sic videatur solvisse nomine hereditatis, adeoque liberasse hereditatem, et consequenter verum heredem; etenim putabat hereditatem esse suam factam, sicque putabat non amplius esse hereditatem, cum hereditas adita desinat esse hereditas, sicque nequidem proprie dici potest nomine hereditatis solvisse, sed unice suo nomine, cum putaret se heredem esse, et consequenter se huic debito esse adstrictum.

Obj. *L.* 44 *ff. h. t.*, ubi sic dicitur: ***repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam vero debitore solutum est:*** sed illa verba sic intelligenda sunt, ut non competat repetitio, si ab alio quam vero debitore, nomine tamen debitoris solutum sit; dicit enim J. C. repetitionem non esse ab eo qui *suum* recepit; jam autem non potest creditor dici *suum* recepisse, nisi ei solutum sit a vero debitore, vel ab alio ejus nomine. Praeterea illa lex est Pauli; jam autem idem Paulus in *L.* 65 § *ult. ff. h. t.* docet indebitum dici, quando quis solvit quod putat se debere, quod tamen non ipse, sed alter debet, quae verba satis insinuant id posse repeti; nisi ergo Paulum in *d. L.* 44 intelligamus de eo, qui solvit nomine veri debitoris, sibi ipsi contradicet, quod non est ferendum.

Obj. etiam *L.* 5 *cod. de hered. pet.*, ubi bonae fidei possessor hereditatis supponitur etiam creditoribus hereditariis solvisse, dicitque imperator repeti non posse a creditoribus qui suum receperunt: sed ne illa lex contradicat evidenter aliis legibus et juris rationi, dicendum quod ibi agatur de casu, ubi bonae fidei possessor solverat, cum jam inde lis super hereditate ei mota esset, quo casu dici potest potius hereditatis nomine, quam suo solvisse; jam enim aliquo modo dubitare incipiebat possessor, an revera heres esset, cum videret litem sibi moveri, de cujus eventu erat incertus, praecipue cum illa lex supponat eum postea perdidisse. Recte ergo potest videri solvisse nomine illius, quem postea appareret heredem esse, sive ipse futurus esset sive actor, et sic potius nomine veri heredis solvit, quam suo, quod dici non potest de illo bonae fidei possessore, cui, dum solvit, nulla adhuc movebatur controversia: sed unde habemus, quod illa lex loquatur de bonae fidei possessore, qui solverat postquam lis super hereditate mota erat? Illa lex est rescriptum, quo imperator respondet ad casum sibi propositum, non constat autem quis fuerit praecise casus ei propositus, unde licet talem fingere, qui conveniat juris rationi, ut in rescriptis semper licet, dum de casu non constat, ne alias evidenter contradicant aliis legibus, et juris principiis.

Caeterum quod diximus, bonae fidei possessorem solventem creditoribus hereditariis posse repetere quod solvit, ita verum est, si transactionem cum iis non iniverit; nam si eum eis transegerit, et in consequentiam transactionis solverit, repetere non potest, licet postea appareat eum non esse heredem, solvit enim tunc verum debitum; vere enim debetur quod ex transactione debetur, licet error causam transactioni praestiterit (*L.* 23 *cod. de transact.*).

§ XI.

Tertium requisitum ut haec condictio competat est, ut per errorem solutum sit; hinc imprimis ei locus non est, si quis scienter indebitum solvat, talis enim donare videtur (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 53 *ff. de reg. jur.*), imo, licet talis ea mente solvisset ut postea repeteret, repetere tamen non potest (*L.* 50 *ff. h. t.*), nudum enim propositum in mente retentum nihil operatur.

§ XII.

Quid si quis dubitans an deberet, solverit? Certe si in solutione dixerit ut reddi deberet, si appareat indebitum esse, repetere poterit (*L.* 2 *pr. ff. h. t.*): quod si nihil dixerit, sed simpliciter solverit, dubitabatur olim an posset repetere. Ratio dubitandi erat quod talis videatur, vel praesumatur transegisse; ast Justinianus in *L. ult. cod. h. t.* constituit, talem praesumptionem non posse habere locum, nisi hoc specialiter ab altera parte probetur, et recte; etenim qui solvit, videtur potius solvisse ad consulendum existimationi suae, quam transigendi animo, nam in dubio nemo suum jactare praesumitur.

§ XIII.

Qualis error debet adesse ut sit locus condictioni indebiti? Certum est quod id, quod errore facti solutum est, repeti possit. Quoad id autem quod quis errans in jure solvit, Donellus, Voëtius et alii aiunt non posse repeti; at verior videtur sen-

tentia Vinnii et Huberi dicentium repeti posse etiam quod errore juris est solutum, et juxta hanc sententiam judicatum refert Wynants *decis.* 44. Imprimis enim, ut vidimus, condictio indebiti ex naturali aequitate est introducta, quae non patitur ut quis fiat locupletior ex jactura alterius; jam autem aequitas illa aeque adest, dum quid per errorem juris solutum est, ac dum per errorem facti: deinde, in toto hoc titulo non distinguunt J. C. inter errorem juris et facti, sed simpliciter ajunt posse repeti quod per errorem solutum est; hujus autem distinctionis certe mentionem fecissent, si inter errorem juris et facti distinguendum putassent: praeterea in *L.* 7 *ff. de jur. et fact. ign.* generaliter definitur, *juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet;* atqui certo noceret solventi errore juris, si non posset repetere, et tamen suum tantum vult repetere. Ad hanc vero legem adversarii respondent, quod is, qui repetit indebitum, non repetat suum, sed alienum, solvendo enim dominium transtulit in accipientem, et sic repetit quod est factum accipientis, unde et acquirere vult, aiunt; J. C. autem dicit *juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus*; et sic illam legem pro se explicant. Sed illa interpretatio mere cavillatoria est, vox enim *suum* non tantum sumitur pro eo quod nostrum est, sed et pro eo quod nobis debetur, ut ex *L.* 44 *ff. h. t.* et aliis; imo ex ipsa justitiae definitione in verbis *suum cuique tribuendi* patet, ita ut qui repetit indebitum, recte possit dici *suum* petere: nec proprie etiam dici potest volle acquirere, sed recuperare tantum quod sibi per errorem, et sine causa abest. Fundatur etiam in *L.* 8 *ff. de jur. et fact. ign.*, ubi dicitur *omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet*; jam autem qui repetit indebitum, certat de damno amittendae rei suae, nisi cavillari iterum velis, et dicere eum certare de damno rei suae non amittendae, sed amissae; verum dum solvit, certe nondum est amissa, sed amittitur tantum, et sic, si solutio non pareret ipsi condictionem, error juris vere noceret ipsi in damno rei suae amittendae.

Obj. imprimis *L.* 9 *pr. ff. de jur. et fact. ign.*, ubi dicitur: *regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*: sed illa verba nil aliud volunt, quam quod juris ignorantia non prosit ei, qui lucrum vult facere, ita ut *nocere* significet ibi *non prodesse*, ut patet ex exemplis in ista lege propositis, quae omnia sunt de eo qui lucrum vult facere; etiam ex § 3 *ejusd. L.*, et certe si per ista verba Paulus generaliter intelligeret juris ignorantiam nocere, contradiceret legi immediate praecedenti, ubi dicitur *juris error in damnis amittendae rei suae non nocet;* jam autem qui repetere vult errore juris solutum, non certat de lucro faciendo, sed de damno vitando.

Obj. *L.* 9 *eod. ad L. Falcid.*, et *L.* 9 § *ult. ff. de jur. et fact. ign.*, ubi supponitur quod heres, qui erat gravatus legatis ultra tres quartas bonorum, et qui consequenter poterat deducere quartam Falcidiam ex quolibet legato, solverit aliqua legata integra: quaeritur an a legatariis, quibus integra legata soluta erant, posset quartam repetere tamquam indebite solutam: distinguunt autem citatae leges, an legata illa heres solverit errore facti, v. g. quod putaret se habere quartam salvam, an vero errore juris, seu nesciens se jus habere quartam deducendi; primo casu, aiunt ipsum repetere posse; secundo casu, non posse. ꝶ. Ratio, quare in casu objecto non possit repeti quarta errore juris soluta, haec est, quod error juris, ut diximus, noceat ei qui vult lucrum facere; jam autem is, qui vult quartam solutam repetere, certat de lucro captando; quod enim quartam detrahere possit, est beneficium, quod lex ei concedit ut invitetur ad hereditatem adeundam, et dum illam detrahit, lucrum facere vult, cum juxta voluntatem testatoris, seposita lege Falcidia, ad integra legata teneatur; unde non est idem, sicuti dum quis proprie indebitum solvit, nam is repetens non vult lucrum facere, sed damnum tantum praecavere; juris autem error non nocet ei, qui de damno vitando certat.

Sed numquid lex Falcidia minuit legata ipso jure, juxta *L.* 73 § 5 *ff. ad leg. Falcid.*: si autem ipso jure legata sint diminuta, dodrans tantum cujusque legati ab herede debetur, et consequenter si solvat tota legata, pro quadrante quem poterat retinere, et quem jam vult repetere, certat de damno vitando, non vero de lucro captando, ut diximus? Verum quod dicitur, per legem Falcidiam legata ipso jure minui, ita verum est, si heres declaraverit se velle uti lege Falcidia, ita ut tantum post ejus declarationem ipso jure minuantur; antequam autem declaraverit voluntatem, nondum diminuta sunt, sed tota debentur; si ergo tota legata solvat, dum postea vult quartam repetere, certat de lucro captando; cum enim voluntatem suam detrahendi quartam non declaraverit dum solvebat, lex Falcidia non est operata: quod autem lex Falcidia tantum operetur post declarationem voluntatis, patet ex eo quod sit beneficium heredi tributum, beneficia autem non operantur, nisi quis declaraverit se velle iis uti, cum invitia non tribuantur.

Tandem obj. *L.* 10 *eod. de jur. et fact. ign.*, ubi sic aiunt imperatores: *cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solvit, cessat repetitio.* Et certe si illa lex foret edictum, fatendum esset sententiam adversariorum ibi omnino esse decisam; sed illa lex est rescriptum, per quod imperatores respondeant ad casum in libello sibi propositum, unde, cum non sciamus praecise quis fuerit casus eis propositus, ex illo responso nil certi inferri po-

test; forte enim casus imperatoribus propositus fuit talis, in quo repetens volebat lucrum facere, v. g. repetere quartam, cum integra legata per errorem juris solvisset, ad quem casum imperatores respondent, *cessare repetitionem cum quis indebitum per errorem juris solvit*; nempe de tali indebito tractant, de quali agebatur in casu sibi proposito; ne autem illa lex opponatur eis, quae diximus, imperatores de tali aut simili casu, ut proposuimus, fuisse consultos dicendum est.

§ XIV.

Nunc videamus cui, contra quem, et ad quid datur haec condictio. Datur autem ei, qui indebitum solvit et ejus heredibus, item ei cujus nomine facta fuit solutio: sic, si quis mandato meo solverit quod debere me putabam, mihi competit condictio, ego enim solvisse videor (*L.* 57 *ff. h. t.*); imo quandoque etiam alteri, quam ei qui solvit, licet nequidem ejus nomine solutum sit, datur utilis condictio: exempla sunt in *L.* 3, 4, *et* 5 *ff. h. t.*: putabam v. g. me esse heredem Titii, eo quod in testamento ejus scriptus essem, ejusque hereditatem possidens bona fide legata in eo testamento relicta solveram: postea evincitur a me hereditas eo quod testator nulliter testamentum condidisse probetur; in hoc exemplo certe habeo condictionem indebiti ad repetenda legata quae solvi, vel si velim possum id quod solvi deducere ex hereditate quam restituo; sed hoc casu teneor cedere vero heredi condictionem indebiti, quam habeo, contra eos quibus legata solveram (*L.* 17 *ff. de pet. hered.*), imo hoc casu, dum deduco ex hereditate id quod solvi legatariis, licet non cedam condictionem indebiti heredi, utilem tamen condictionem habebit; receptum enim est, quod quoties quis alterum cogere potest ut sibi cedat actiones, ei, licet actio cessa non sit, utilis tamen actio detur.

§ XV.

Quid si reus qui centum debebat, et fidejussor qui pro illis centum fidejusserat, quisque centum solverit? Si quidem pariter eodem tempore solverint, non est ratio cur potius uni detur condictio quam alteri; hoc ergo casu quisque quinquaginta repetet (*L.* 19 § *ult.*, *L.* 20 *ff. h. t.*). Quod si unus post alterum solvit, reus v.g. solverit centum, et postea fidejussor ignorans reum solvisse, etiam solvat centum, is qui ultimo loco solvit, seu fidejussor repetere potest; qui enim prior solvit, solvit verum debitum; posterior tantum indebitum, cum obligatio jam extincta esset per solutionem prioris (*L.* 25 *ff. h. t.*).

§ XVI.

Datur autem haec condictio contra eum, cui solutio facta est, non contra tertium possessorem rei solutae, licet ei solutio profuisset: sie, si tibi centum indebita solverim, tu ea donaveris Titio, contra Titium agere hac actione nequeo (*L.* 49 *ff. h. t.*). Etenim haec condictio est actio personalis oriens ex quasi contractu, qui inest solutioni indebiti, et sic tantum dari debet contra eum quocum quasi contraxi, seu contra eum tantum cui solvi et ejus heredes; hoc tamen ita, nisi is, cui putabam me debere, mandaverit mihi ut alteri solverem, tunc enim videor ipsi mandanti solvisse, et sic condictionem indebiti habeo contra eum qui mandavit (*L.* 57 § 1 *ff. h. t.*). Idem est, si putans me debere Titio solverim, v. g. ejus procuratori absque eo quidem quod mandatum haberem a Titio, sed tamen Titius ratam habuerit solutionem factam suo procuratori; nam et tunc contra Titium condictionem habeo, ratihabitio enim mandato aequiparatur: caeterum si nec mandaverit Titius, nec ratihabuerit quod ejus procuratori solvi, non a Titio, sed ab ipso procuratore repetere debeo (*L.* 6 § 1 et 2 *ff. h. t.*).

§ XVII.

Petimus per hanc actionem rem, quam indebite solvimus, una cum fructibus et accessionibus (*L.* 15 *pr.*, *L.* 65 § 5 *ff. h. t.*, *L.* 38 § 2 *ff. de usur.*): non tamen petuntur usurae pecuniae solutae, est enim condictio indebiti actio stricti juris, in quam actionem usurae non veniunt: caeterum is, qui bona fide indebitum accepit, nunquam per hanc condictionem tenetur, nisi in quantum factus est locupletior eum jactura alterius, quod fundamentum non adest, dum accipiens locupletior factus non est: hinc si servum, quem indebite solvebas, acceperim et manumiserim, non teneor, quia locupletior non sum factus, nisi forte ex operis ejus aliquid lucratus fuerim (*L.* 65 § 8 *ff. h. t.*). Hinc etiam, si id quod bona fide deberi mihi putabam, acceperim et vendiderim, non teneor ultra pretium, quod ex venditione percepi (*L.* 26 § 12 *ff. h. t.*).

§ XVIII.

Si rem alienam, quam debere me tibi putabam, tibi tradiderim, quid condicere potero? Certe ipsam rem seu dominium ejus in te non transtuli, cum dominus non essem; et sic condicere eam tamquam indebite solutam non possum; caeterum si mea fuit ejus rei possessio, hanc possessionem in te indebite transtuli, et consequenter condicam: quod si eam rem in te transtuli ex causa habili ad acquirendum dominium, tunc per traditionem meam ex causa debiti putativi factam constitui te in conditione usucapiendi; jam autem quoties quis causam acquisitionis in alterum transfert, et alter ex illa causa revera acquirit, videtur ipsam rem transtulisse in alterum, et sic ipsam rem, postquam eam usuceperis, a te condicere possum, tamquam si eam in te transtulissem (*L.* 13 § 1 *ff. h. t.*); eadem ratione

nititur *L.* 13 *pr. ff. de mort. caus. don.*, ubi ei qui rem alienam mortis causa donavit bona fide accipienti, si donatarius eam usuceperit, datur contra donatarium condictio, si convalescat donans, aut si ipsum poeniteat; iterum ex ea ratione, quia ab ipso donante res in donatarium translata videtur, cum causam usucapioni praebuerit: aliud exemplum vide in *L.* 6 § 1 *ff. de jur. dot.* Nec usucapio accipientis potest excludere indebiti condictionem, etenim illa nihil aliud facit, quam usucapientem reddere dominum, et consequenter excludit quidem reivindicationem, quae pristino domino competebat; sed nullo modo potest excludere actiones personales ratione rei usucaptae contra usucapientem competentes, ut est indebiti condictio; haec enim non fundatur in dominio usucapientis vel actoris, sed in obligatione personali, cui tantum lapsu 30 annorum praescribitur.

§ XIX.

Quid jam si pecuniam solutam velim repetere tamquam indebite solutam, cui incumbit probatio, seu an ego probare debeo fuisse indebitam, an accipiens probare debet fuisse debitam? Si is, a quo repeto, neget se accepisse pecuniam, et convincatur mendacii, ei incumbit probare eam debitam fuisse; est enim praesumptio contra ipsum, utpote qui jam semel fidem fefellit. Quod si is, contra quem ago, ab initio fateatur pecuniam sibi fuisse solutam, sed dicat eam fuisse debitam, mihi eam condicenti tamquam indebitam probatio incumbit; actor enim probare debet id, in quo intentionem suam fundat; fundo autem condictionem meam in eo quod pecunia sit indebite soluta, et praeterea hic contra me praesumptio militat; praesumor enim antequam solverim sufficienter inquisivisse an fuerit debitum; hoc enim diligens paterfamilias facere solet, et sic praesumptio est quod verum debitum solverim.

Exceptio tamen est, si is qui solvit sit minor, miles, rusticus, aut mulier, vel alia persona simplicitate gaudens; in ea enim facile praesumi potest negligentia, quod nempe non inquisiverit an revera deberet, unde tunc probatio injungetur ei qui accepit, ut doceat revera fuisse debitum (*L.* 25 *pr. et* § 1 *ff. de probat.*). Quod si quis repetat chirographum, dicens se id indebite emisisse, interest an in eo expressa non sit causa debendi, quo casu probatio incumbit ei qui accepit, an vero causa expressa sit, quo casu incumbit ei qui repetit (*d. L.* 25 § 4).

§ XX.

Ex dictis colligi possunt plerique casus, quibus cessat haec condictio: nempe primo, si id quod solutum est, saltem naturaliter debitum sit: secundo, si quis sciens indebitum solvit: tertio cessat, si quid solutum sit ex tali causa, ex qua lis per infeciationem crescit in duplum, v. g. ex causa depositi miserabilis, legis Aquiliae, judicati etc.; si enim quis, putans se ex tali causa debere, solverit, licet nulla talis causa adfuerit, adeoque licet id quod solvit fuerit vere indebitum, repetere tamen nequit (§ *ult. inst. de oblig. quae ex quasi contr.*, quo etiam spectat *L.* 36 *ff. fam. erc.*); ut enim sub titulo familiae erciscundae vidimus, qui ex tali causa solvit, videtur ideo solvere, ne, si neget, forte convictus condamnetur in duplum, adeoque videtur transactionem facere cum eo cui solvit, ut pro duplo solvat simplum; caeterum, cum hodie nullae amplius sint causae, in quibus lis per inficiationem crescit in duplum, sequitur quod hodie haec exceptio a regula generali locum amplius non habeat.

Alius casus, ubi haec condictio cessat, est si subsit aliqua pietatis causa, v. g. mater putans se ad dotem pro filia sua dandam esse obligatam, dotem dedit, licet vero obligata non esset, cum tamen ex pietatis causa dotem debeat, repetere nequit (*L.* 32 § 2 *ff. h. t.*); quae lex loquitur quidem generaliter de muliere, quae dotem dedit, sed tamen restringenda videtur ad matrem, et nomine mulieris hic intelligitur mater, vel saltem mulier admodum conjuncta, quae ratio est, cur plures pro *mulier* reponant *mater*: quidquid sit, certum est extraneam mulierem non posse dici ex pietate obligatam ad dotem dandam, non magis quam masculum, et sic illa lex de quacumque muliere intelligi nequit.

§ XXI.

Hic quaeritur an qui scienter accipit indebitum furtum committat? Videtur debere responderi cum hac distinctione, ut si is, cui solvo indebitum, fingat se creditorem meum, adeo ut mentiatur personam creditoris mei, furtum committat; huncque leges intelligunt nomine falsi creditoris; sic v. g. si, cum centum deberem Titio, dicas te esse Titium, et ego hoc credens tibi solvam, furtum facies (*L.* 43 *ff. de furt.*). Etenim is qui solvit non transfert dominium in hunc falsum creditorem, non enim habet animum transferendi dominium in eum, sed in Titium, nam error in persona tollit consensum, itaque falsus creditor contrectat pecuniam sibi traditam invito domino, adeoque furtum facit: idem est, si pecuniam debeam Titio, et tu falso dicas te esse heredem Titii (*L.* 8 § 6 *ff. de furtis*). Quod si quis sciens indebitum, tamen acceperit, personam vero creditoris mentitus non sit, non committit furtum, licet dolo malo solventi persuaserit sibi pecuniam deberi; tunc enim solvens revera consentit in dominii translationem, adeoque fur dici nequit accipiens, cum rem accipiat volente domino; ad furtum autem requiritur, ut quis rem alienam contrectet fraudulenter invito domino. Nec ab-

stat *L.* 18 *ff. de condict. furt.*, ubi generaliter diei videtur quod is, qui indebitos nummos sciens accipit, furtum faciat; nam ibi J. C. non quaerit an et quandonam is, qui scienter indebitum accipit, furtum committat, sed supponit tantum quod fiat furtum, seu quod certis casibus fiat furtum; et tunc in supposito quod fiat furtum, aliam quaestionem examinat, et sic, ut lex illa verificetur, sufficit quod aliquando furtum committatur, nempe dum accipiens mentitur personam creditoris.

§ XXII.

Hujus tituli coronide examinemus celebrem, tantoque opere agitatam, et non immerito inter juris apices reponendam *L.* 38 *Frater a fratre ff. h. t.*, cujus haec est species. Duo fratres Titius et Maevius in ejusdem patris potestate erant: Titius a Maevio acceperat centum mutua, utroque patri suo pro semisse herede existente, Titius centum mutua accepta fratri suo Maevio reddiderat: quaesitum est, an Titius solutum repetere possit? Decidit Africanus posse eum repetere pro parte, qua heres patri suo extitit, adeoque pro semisse; ergo Titius a Maevio repetere poterit quinquaginta. Ratio est, quod Titius ex illo mutuo incoeperit Maevio obligari naturaliter ad centum, nam licet filios unam eandemque personam facere videatur cum patre, in cujus potestate est, item cum fratre in eadem potestate existente, et ex ea fictione sequatur non posse filium civiliter obligari patri, nec fratri, non obstante illa fictione, possunt naturaliter obligari; naturaliter enim sunt diversae et distinctae personae, et naturalis obligatio has juris civilis subtilitates non admittit: quod autem filius cum patre aut cum fratre contrahens naturaliter obligetur, probat *L.* 38 § 1 *ff. h. t.*, et *L.* 40 § 3 *ff. de cond. et demonst.*; fuit ergo Titius naturaliter obligatus Maevio ex mutuo.

Caeterum, cum liberi in potestate omnia quae acquirunt, acquirant patri suo, Maevius obligationem naturalem ad centum acquisivit patri; itaque Titius illa centum naturaliter debet patri suo: mortuo itaque patre, obligatio illa debet dividi inter heredes patris, cum ergo Titius ex semisse fuerit haeres patri suo, obligationem illa pro semisse acquisivit contra se ipsum; et adeo, cum nemo possit esse debitor et creditor simul; obligatio illa per confusionem extincta est pro semisse, quod accidit quoties debitor succedit creditori suo; ex quo ulterius sequitur, quod cum obligatio ad centum pro semisse fuerit extincta, Titius non amplius teneatur nisi ad quinquaginta; si ergo integra centum fratri suo solverit, quinquaginta indebite solvit, adeoque ea repetere potest.

Obj. Quod Titius fratri suo naturaliter obligatus fuerit ad centum, quam obligationem lex civilis tollere non potuit; adeoque quod illa centum soluta tamquam indebita repetere non possit. R. Lex civilis non tollit quidem obligationem naturalem, sed eam transfert in patrem, ita ut statim ac fratri acquisita fuit, in patrem translata sit; cum, jure civili, liberi omnia patri acquirant, in hanc ergo obligationem Titius successit pro ea parte, pro qua fuit heres patri, et sic pro ea parte obligatio fuit extincta (*L.* 79 *ff. de acq. vel amit. hered.*). Nec est ratio, cur ab illa regula exciperetur obligatio naturalis, certum enim est quod obligatio naturalis et civilis simul patri per filium acquiratur, cur ergo non acquireretur etiam obligatio naturalis tantum. Praeterea constat ex *L.* 9 § 3 *ff de pecul.*, quod si quis servo debeat, obligatio haec statim domino acquiratur; nemo autem potest debere servo, nisi naturaliter.

Obj. quod obligatio naturalis dicatur facti esse, quae autem facti sunt non acquiruntur patri per filium (§. 2 *inst. de stip. serv.*). R. Hoc verum est de his, quae in mero facto consistunt, quia facta cum personalia sint, personam non egrediuntur, sed eo tantum sensu obligatio naturalis dicitur facti esse, quod non oriatur ex negotio habili, ex quo, jure actio detur: et sane possessio, licet tota fere in facto consistat, patri tamen per filium acquiritur.

Tandem objicitur quod si filius a patre stipuletur, vel mutuum det patri, pater naturaliter ei obligetur (*L.* 38 § 2 *ff. h. t.*); hoc tamen non videtur posse consistere in supposito quod filius obligationem naturalem acquirat patri, nam tunc in casu allegato, obligatio naturalis filio contra patrem quaesita statim iterum acquiretur patri, et adeo cum non posset pater sibi ipsi debere, statim confunderetur obligatio R. Dum pater promittit filio suo, vel ab eo mutuum accipit, tunc voluntas patris obstat quominus obligatio naturalis filio quaesita sibi acquiratur; alias enim stipulatio illa vel mutuum nullum effectum haberet, adeoque pater noluit illam obligationem sibi acquiri, non mirum ergo quod non acquiratur. Aliud est, dum filius contrahit cum extraneo, vel cum fratre suo; tunc enim voluntas patris non resistit quominus obligationem ex illo contractu resultantem sibi per filium acquirat, et consequenter, juxta regulam generalem, ei acquiri debet.

Hactenus ex Africano vidimus Titium, qui centum solvit fratri suo, posse repetere pro illa parte pro qua haeres est patri, seu in casu posse repetere quinquaginta: sed quid pro aliis quinquaginta, seu de parte pro qua non est heres? Idem Africanus respondit, posse eum repetere et alia quinquaginta, si tantumdem ex peculio Titii ad fratrem mutuantem, seu Maevium pervenerit. Pro quo notandum quod, dum filius debita contrahit, illa sint ad onus peculii quod pater filio concessit; pater enim dando peculium filio suo voluit ut debita filii ex illo peculio solverentur, qua ratione pater ex

contractu filii sui potest conveniri actione de peculio, non in solidum quidem, sed quatenus est in peculio filii, nec tantum pater ita tenetur, sed omnes ad quos peculium illud pervenit, ite ut actio de peculio sit in rem scripta; imo, licet finita patria potestate finiatur peculium, placuit tamen anno post finitam potestatem adhuc locum esse huic actioni contra eum, ad quem peculium pervenit, in quantum scilicet pervenit (*L.* 1 § 1 *ff. quand. de pecul. act. ann.*).

Praeterea notandum quod, post mortem patris peculia liberorum communicentur inter liberos pro parte qua heredes sunt, eodem modo ac aliae res hereditariae, et adeo in casu, peculium Titii, post mortem patris, dividitur inter Titium et Maevium pro semisse, seu Maevius ex illo debito centum per Titium contracto, incipit teneri ad quinquaginta sibi ipsi, in supposito nempe quod medietas peculii, quae ad Maevium pervenit, valet quinquaginta, et sic illa quinquaginta extincta sunt per confusionem, cum Maevius jam sit factus dominus semissis peculii, ex quo semisse Titius illa quinqueginta repetere potest. Quod si v. g. in semisse peculii, qui ad Maevium pervenit, tantum reperiantur triginta, tunc obligatio tantum confusa erit ad triginta, et pro reliquis viginti Titius mansit debitor, adeoque tunc Titius triginta tantum repetere poterit.

Confirmat hoc Africanus sequenti argumento: si Titius centum debuisset extraneo, et haec centum integra post mortem patris solvisset, posset repetere quinquaginta a fratre coherede, si modo semis peculii Titii, qui ad fratrem coheredem pervenit, contineat quinquaginta, ita ut frater debeat Titium fratrem suum servare indemnem contra extraneum creditorem (*L.* 18 § 5 *ff. fam. ercisc.*): quanto magis ergo, ait Africanus, debet Titium servare indemnem contra se ipsum.

TITULUS VII.

DE CONDICTIONE SINE CAUSA.

Haec condictio duplex est: una generalis, quae concurrit cum aliis condictionibus; id enim quod v. g. indebite solutum est, vel ob causam quae secuta non est, recte potest dici apud accipientem esse sine causa, et sic eo intuitu recte condicitur: alia est specialis, quae obtinet, quando nulli aliae condictioni locus est, ut dum quis chirographum indebite emisit, vel debite quidem, sed postea solvit, absque eo quod chirographum receperit, quo casu condictione sine causa hoc chirographum repetet, quatenus sine causa est apud eum qui accepit.

LIBER TERTIUS DECIMUS

—

TITULUS I.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

§ I.

Haec condictio definitur, quod sit *actio personalis, quae datur domino rei furto ablatae, contra furem ejusque heredes, ut rem quam abstulit praestet cum fructibus aut aestimationem ejus, si perierit res, vel deterior sit facta.* Ratio introducendae hujus condictionis fuit odium erga fures, ut pluribus actionibus tenerentur; item utilitas domini, quae hanc actionem postulabat, cum contingere posset alias actiones, quae contra furem competunt, ei certis casibus non competere v. g. si fur sit mortuus, et res perierit sine dolo aut culpa heredum furis; quo casu dominus non amplius agere poterat actione furti, cum haec, prout poenalis, contra heredes non detur; nec etiam reivindicatione, cum non amplius existat res, nec heredes dolo malo eam possidere desierint; unde haec condictio ad supplendum defectum reivindicationis est introducta.

Hoc in ea condictione singulare est, quod domino detur (§ 14 *inst. de act.*), quod in aliis condictionibus non obtinet, imo nec obtinere potest, cum is, qui condicit, petat sibi dari, seu dominium in se transferri, quod fieri nequit, si sit dominus.

§ II.

Competit haec condictio soli domino rei furto ablatae; nec mirum, cum sit introducta in defectum reivindicationis, quae non nisi domino datur: hinc non datur commodatario, conductori etc., a quibus res commodata, vel pignori data furto ablata est, quamvis eorum intersit; his tamen personis datur condictio incerti, qua condicant possessionem vel detentionem rei, aut aestimationem ejus, non vero ipsam rem aut ejus aestimationem, ut contingit per condictionem furtivam, quae domino competit (*L.* 12 § *ult. ff. h. t.*, *L.* 2 *ff. de condict. trit.*, *L.* 25 § 1 *ff. de furt.*): Ex eadem ratione non datur haec condictio fructuario aut colono, si fructus in fundo pendentes furto ablati sint,

sed domino fundi datur, quoniam fructuarius et colonus, antequam fructus perceperint, domini eorum non fiunt (*L.* 12 § 5 *ff. de usufr.*, *L.* 60 § 5 *ff. locat.*).

Praeterea notandum, quod ut alicui haec condictio competat, requiratur ut fuerit dominus tempore quo res furto ablata est, item ut tempore quo agit adhuc dominus sit, vel saltem, si dominium amiserit, hoc debet contigisse absque ejus facto: hinc, si rem aliquam Titio in testamento meo legaverim, et ea res furto a me auferatur, nec Titius legatarius condictionem habebit, nec heres meus, nam imprimis Titius quidem factus est dominus ejus rei postquam heres meus hereditatem adivit, sed tempore furti commissi non erat dominus: praeterea heres meus, quamvis ego fuerim dominus et ipse me repraesentet, tamen cum dominium in legatarium sit translatum, etiam condicere nequit, cum dominus non sit tempore quo agere vult (*L.* 10 § *ult.*, *L.* 11, *L.* 14 *pr. ff. h. t.*); hinc etiam, si postquam res mihi furto ablata est, eam alteri vendidi, non amplius condictionem habeo, quia dominus amplius non sum tempore quo agere volo, et dominium meo facto amisi (*L.* 10 § 2 *ff. h. t.*). Quid si res inter nos communis furto ablata sit, et cum egissemus judicio communi dividundo, tibi tota adjudicata sit, an amitto condictionem, quam habebam ratione partis meae in re communi? Si ego ad judicium communi dividundo provocaverim, amitto condictionem: quod si tu me provocaveris, eam retineo (*L.* 12 *pr. et* § 1 *ff. h. t.*); quoniam priori casu facto meo dominium meae partis amisi, secundo casu, sine meo facto; invitus enim, te provocante, judicium communi dividundo suscipere cogebar.

§ III.

Condictio haec datur contra furem, raptoremve, quamvis proprie loquendo raptor non sit fur (*L.* 10 § 1 *ff. h. t.*); non autem contra eos, quorum ope vel consilio furtum factum est, quoniam illi rem non contrectaverunt (*L.* 6 *eod.*), quamvis tamen actione furti hi teneantur: quod si plures furtum fecerint, omnes quidem in solidum hac condictione tenentur, sed uno solvente, liberantur caeteri (*L.* 1 *cod. h. t.*); nam haec condictio poenalis non est, sed rei persecutoria, eum tantum tendat ad id quod nobis abest.

Datur praeterea haec condictio contra heredem furis; quod si plures sint heredes, quisque pro parte, pro qua heres est, tenetur: sed an heredes furis in solidum tenentur, an vero tantum quatenus ad ipsos pervenit? Et verius videtur non tantum teneri in quantum ad ipsos pervenit, sed in solidum, ita ut, licet res furto sublata apud furem periisset, et sic nihil ad heredem furis pervenisset, nec is locupletior factus esset, tamen teneretur ad aestimationem rei, ut aperte deciditur in *L.* 9, item in *L.* 7 § 2 *ff. h. t.*, ubi ratio adjicitur *quod rei persecutoria sit haec actio*, quales actiones dantur contra heredes in solidum, non quatenus pervenit.

Qui contrariam tenent sententiam objiciunt imprimis, quod actiones ex dolo aut delicto defuncti orientes contra heredem ejus nunquam dentur, nisi quatenus ad eum pervenit; sed dicendum quod haec condictio non oriatur proprie ex furto commisso, sed magis ex aequitate jure civili probata, quod nempe aequum sit, ut res mea mihi reddatur, ita ut proprie non detur contra furem qua furem, sed qua debitorem rei quam furto abstulit; et sane nulla est lex, quae hanc condictionem ex furto seu delicto oriri dicat, quamvis occasione furti competat.

Obj. *L.* 6 § 4 *ff. de act. rer. amot.*, ubi dicitur quod heres teneatur actione rerum amotarum, sicuti tenetur condictione furtiva; atqui actio rerum amotarum non datur contra heredem, nisi in quantum ad eum pervenit (*L. ult. cod. rer. amot.*). R'. Imprimis constat actionem rerum amotarum ex delicto oriri (*L.* 21 § 5 *ff. de act. rer. amot.*); sic tantum contra heredem dari debet quatenus ad eum pervenit, quod autem J. C. dicat heredem teneri actione rerum amotarum, sicut condictione furtiva, inde sequitur quidem heredem utraque actione teneri; sed non sequitur quod eodem modo utraque teneatur, imo nec ibi quaeritur quomodo teneatur heres actione rerum amotarum, sed tantum quaeritur an teneatur, de quo dubitari poterat, propterea quod actio rerum amotarum loco actionis furti sit introducta (*L.* 1 *ff. eod.*), quae posterior in heredem non datur; itaque tota comparatio, quam ibi J. C. facit inter istas duas actiones, in eo est, quod utraque contra heredem detur; sic et alia comparatio, quam iterum J. C. in *L.* 21 § 5 facit inter istas duas actiones, tantum in eo est, quod neutra finiatur anno, non vero quod utraque ex delicto oriatur.

§ IV.

Per hanc actionem petitur res furto ablata cum fructibus, et eo quod interest domini furtum factum non esse (*L.* 3, *L.* 8 § 1 *ff. h. t.*); ita ut quidem, licet regula sit malae fidei possessorem posse deducere impensas necessarias in rem, quam mala fide possidet, factas, fur tamen eas deducere nequeat, licet res meliorata sit, quod iterum odio furum statutum est, et profecto erat ratio durius agendi cum fure, quam cum simplici malae fidei possessore, qui tranquillitatem et securitatem publicam non laedit ut fur: itaque si fur v. g. vitulum abstulit, qui postea bos factus est, poterit bos ab eo condici, nec ullam deductionem impensarum facere ei permittetur (*L.* 13 *ff. h. t.*).

§ V.

Quid si rem furtivam fur praestare non possit, v. g. quod perierit? Per ejus interitum non liberatur fur, licet sine ejus dolo et culpa perierit, sed ad aestimationem condemnabitur; licet enim regula sit, debitorem interitu rei debitae fortuito contingente liberari, hoc tantum verum est, si res pereat ante moram debitoris, non vero si debitor in mora fuit; jam autem fur, etiamsi non sit interpellatus, semper moram facere videtur (*L.* 8 § 1 *ff. h. t.*); nam fur omni momento est obligatus ad restitutionem, et singulo momento quo non restituit, novum furtum facere videtur (*L.* 50 *pr. ff. de furt.*).

Igitur aestimatio, in quam fur condemnatur, si rem non praestet, inspicienda est, non ea quae fuit tempore quo furtum commissum est, vel quae fuit dum res periit, sed ea quae fuit maxima inter tempus furti commissi et tempus quo periit; idemque est si res deterior sit facta (*L.* 8 § 1, *L.* 13 *ff. h. t.*). Hoc tamen ita, nisi res interierit, vel deterior facta sit postquam fur eam obtulit domino; nam si eam accipere dominus recusaverit, liberatur fur per interitum rei; mora enim purgatur per oblationem creditori factam, adeoque et effectus morae, qui erat, ut res casu fortuito periens periret furi, cessare debet; itaque tunc juxta regulam, quod omnis debitor qui in mora non est, liberatur per interitum rei debitae contingentem sine dolo et culpa sua, fur liberari debet (*L.* 8 *pr. ff. h. t.*). Si ponas quod fur rem furtivam post oblationem consignaverit et deposuerit, idem est; nam et tunc fur liberatur, licet periret res; consignatio enim et depositio facta post oblationem rei debitae eodem modo liberat debitorem ac si solvisset; caeterum oblatio sola furem non liberat, sicut nec quemcumque alium debitorem, sed ulterius, vel res periisse debet, vel deposita fuisse et consignata.

Alius casus, ubi condictio haec cessat, est, si dominus novationem cum fure fecerit, novatio enim extinguit priorem obligationem (*L.* 17 *ff. h. t.*).

§ VI.

Ex dictis patet in quo haec condictio differat ab actione furti; nempe primo, condictio furtiva est rei persecutoria, nam per eam ipsa res, vel aestimatio petitur; actio furti est poenalis, tendens in duplum vel in quadruplum. Secundo, condictio furtiva datur contra heredes furis, non vero actio furti, cum actiones poenales contra heredes non dentur. Tertio, actio furti datur etiam contra eos, qui ope et consilio furi adfuerunt, non vero condictio furtiva. Quarto, actio furti datur omnibus, quorum interest furtum non esse factum; condictio soli domino. Quinto, uno solvente ex iis qui condictione furtiva tenebantur, liberantur reliqui; secus in actione furti.

§ VII.

Quid si dominus a fure per actionem furti duplum, et quadruplum consecutus sit, an adhuc contra eum agere potest condictione furtiva, et contra, si egerit condictione furtiva, an adhuc agere potest actione furti? Affirmative (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*); non enim bis idem petit agendo diversis illis actionibus, sed una petit rem, altera poenam; aliud est, si reivindicatione egerit, nam postea amplius agere nequit condictione furtiva; tunc enim bis idem peteret, cum per utramque petat rem (*L.* 43 § 1 *ff. de reg. jur.*).

Hodie, cum actio furti, et el omnes actiones poenales cessent, videtur haec condictio dari debere omni ei, cujus interest furtum non esse factum, ut quisque quod sua interest consequatur.

TITULUS II.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

Condictio ex lege est dum nova aliqua lex, posterior scilicet *L. XII tabb.*, alterum nobis obligat; nec nomen, nec genus actionis, qua eti debeamus, exprimit: sic condictio ex lege vocatur actio, qua petimus supplementum legitimae ex *L.* 30 *cod. de inoff. test.*, item, qua is, cui nudo pacto aliquid donatum est, agit contra donatorem ut rem donatam tradat ex *L.* 35 *cod. de donat.*: aliud exemplum est in *L.* 27 § *ult.*, et 28 *ff. ad leg. Jul. de adult.* Sic si edictum aliquod, aut consuetudo vim legis habens hodie actionem det, haec non male condictionem ex lege quis vocaverit, quamvis tamen hodie opus non sit exprimere nomen actionis qua agimus.

TITULUS III.

DE CONDICTIONE TRITICARIA.

§ I.

Haec condictio definiri potest: *actio personalis, praetoria, qua quis petit rem sibi debitam, vel si ea non praestetur, aestimationem*: dicimus *rem, vel si ea non praestetur, aestimationem*, nam per hanc actionem ipsam rem debitam primario peti manifeste patet ex *L.* 1, *L.* 3, *et* 4 *ff. h. t.*, in

quibus expresse dicitur ipsa res peti; aestimationem autem secundario peti, in casum nempe, quo res non praestaretur, patet ex eo, quod in legibus sub hoc titulo positis fere unice quaeratur de aestimatione, in qualem nempe aestimationem reus sit condemnandus, si non praestetur res; hacque ratione dici potest *arbitraria* haec actio, quatenus permittitur judici aestimare rem, et in eam aestimationem reum condemnare.

§ II.

Peti per hanc actionem possunt omnes res nobis debitae, sive merx, sive species, sive mobilis, sive immobilis, excepta tantum pecunia numerata: ratio est quod per hanc actionem, si res non praestetur, ad aestimationem agamus; pecunia autem numerata per alias res non aestimatur, sed per eam aliae res aestimantur; unde ineptum esset, casu quo pecunia numerata deberetur, v. g. centum floreni, ad eam, vel si non praestetur, ad aestimationem concludere (*L.* 1 *ff. h t.*).

Parum constat undenam haec condictio habeat suum nomen: verior tamen conjectura videtur, quod *triticaria* vocetur e primis verbis edicti praetoris, qui hanc actionem proposuit, edicto forte ita incipiente, *triticum*, *hordeum*, *aliaeque res*, *si debeantur* etc.; constat enim plures actiones, et omnia fere interdicta accepisse suum nomen a primis verbis edicti, quibus praetor eas proposuit; et forte tritici mentionem praetor fecit, quod haec actio praecipue pro mercibus sit introducta; commercium autem eo tempore apud Romanos praecipuo consistebat in mercibus victui necessariis, inter quas triticum et alia frumentorum genera praecipuum obtinent locum.

§ III.

Sed cur opus fuit hac actione, cum creditor habeat aliam actionem ad petendam rem, quae ei debetur, nempe actionem ex contractu, ex quo debita est? Utilitas in eo est, quod creditor per suam actionem ex contractu debeat petere ipsam rem sibi debitam, non vero aestimationem, quamvis tamen judex in aestimationem quandoque condemnare possit, licet tantum petita sit res, ut postea videbimus; unde utile visum est hanc actionem introducere, per quam non tantum rem sibi debitam, sed secundario etiam aestimationem ejus, si res non praestetur, creditor petere posset.

§ IV.

Quaeritur hic, si res a creditore petita non praestetur, ita ut condemnatio facienda sit in aestimationem rei debitae, ad quod tempus redigi debeat illa aestimatio, cum notum sit pretia rerum saepe crescere et decrescere, adeo ut multum intersit an aestimationem hujus, vel istius temporis, quis consequatur. Imprimis, hic non agitur de casibus ubi actori permittitur in litem jurare, quod accidit, dum reus dolo malo fecit quominus posset restituere vel solvere; nam tunc actori permittitur jurare non quanti res revera valeat, sed quanti eam aestimet pro sua effectione, ita ut non debeat habere rationem ullius temporis, et in hanc aestimationem reus condemnatur. Praeterea non agitur etiam de casu, ubi aestimatio ipsa alicujus rei in obligatione est, non vero ipsa res, v. g. si quis promiserit aestimationem dare alicujus rei; nam tunc satis clarum est quod ea aestimatio debeatur, qualem habebat res eo tempore quo ad ejus aestimationem debitor teneri incepit, nisi aliud inter contrahentes actum esset, ut constat ex *L.* 28 *ff. de novat.*, ubi proponitur quod aliquis promisisset fundum Cornelianum dare, deinde promiserat aestimationem fundi etiam dare: dicitur quod si ex secunda promissione agatur, ea aestimatio veniat, quae secundae stipulationis tempore fuit. Idem probatur ex *L.* 37 *ff. mand*, ubi aliquis certum hominem Stichum v. g. promiserat, et fidejussorem dederat, fidejussor Stichum solverat, et sic fidejussori obligatus esse coepit ad aestimationem Stichi: dicitur quod si fidejussor aestimationem Stichi soluti a reo principali per actionem mandati repetat, eam aestimationem consequi debeat, quam Stichus habebat, dum fidejussor eum solvit; tunc enim incepit debitor ad aestimationem Stichi teneri.

§ V.

Tantum quaeritur itaque de casu, ubi res aliqua debetur, eaque non praestatur a debitore, ita ut debitor condemnandus sit in aestimationem ejus, cujus temporis aestimatio sit inspicienda? Et imprimis videtur distinguendum, utrum merx debeatur, an species aliqua. Primo videamus de casu ubi debetur merx: quo casu iterum distinguendum, an debeatur pure, an vero in diem: si merx debeatur in diem, et sit deveniendum ad aestimationem, pro ea facienda unice spectanda est aestimatio, quae erat tempore quo dari debebat, seu quae erat die adjecto, ita ut dies illa capiende sit pro puncto fixo; sic v. g. si centum lagenas vini certi generis et bonitatis mihi promiseris dare kalendis januariis, vel mutuas a me acceperis centum lagenas kalendis januariis reddendas, et kalendis januariis lagena valeat quatuor solidis, postea autem lagena incipiat valere tres, vel quinque solidos; si non praestes vinum tempore convento, et deveniendum sit ad aestimationem, condemnaberis in quatuor solidos, non vero in tres, vel quinque: idque obtinet non tantum si merx, quae certo die dari debebat, petatur actione triticaria, sed etiam si actione ex contractu, ex quo debe-

tur, petatur; idque sive sit actio bonae fidei, sive stricti juris; item sine distinctione an in mora fueris solvendi, necne. Probatur ex *L.* 22 *ff. de reb. cred*, ubi J. C. proponit casum, quo vinum mutuo datum fuerat, et cum non redderetur, quaerit cujus temporis aestimatio inspicienda sit, an ea quam vinum habebat tempore quo mutuum dabatur, an ea quam habebat tempore quo creditor in judicio vinum petiit, an vero ea quam habet tempore quo fit condemnatio: ad quam quaestionem ante omnia respondit J. C., *si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuerit.*

Idem deciditur in *L.* 4 *ff h. t.*, ubi iterum quaeritur: quid si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, et eum non praestetur, deveniendum sit ad aestimationem? Ait J. C. *tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debet:* ratio est, quod contrahentes adjecerint certum diem quo merx dari deberet, cum sciant pretia mercium pro variis anni tempestatibus raritate aut abundantia saepe variare, adeoque videatur inter eos actum, ut si ad aestimationem deveniendum sit, ea aestimatio inspiciatur quam merx eo die habebat, quamvis enim qui mercem mutuam dat aut stipulatur, hoc agat, ut ipsa merx praestetur, et ad hanc obligetur debitor, tamen, cum mediante aestimatione facile sibi mercem comparare possit, aeque ad aestimationem si merx non praestetur, quam ad ipsam mercem respexisse censetur; itaque, cum voluerit sibi dari certe die, adjiciende illum diem, voluit habere mercem habentem eam aestimationem, quam similis merx eo die habebat, quod si non praestetur, ipsam aestimationem habere intendit, ut in ea debitor consensit, permittendo ut dies adjiceretur.

Idem probatur ex legibus, quae tractant de obligatione faciendi, ut in *L.* 11 *ff. de re judic.*, *L.* 12 § 12 *ff. si quis caut.*, in quibus dicitur: quod si quis certo die aliquid facere promiserit, et suo die non posuerit hoc factum, creditor autem propterea ad interesse agat, non sit inspiciendum tempus quo creditor agit ad interesse, sed unice videndum sit quantum ipsius interfuit die adjecto.

Obj. Quod dum creditor post diem adjectum agit contra promissorem, vel mutuatarium vini, petere debeat centum lagenas vini, non vero aestimationem, et licet forte agat condictione triticaria, equidem primario ad ipsum vinum agit; jam autem certum est quod debitor liberetur, si praestet quod ab eo petitur; ergo modo praestet centum lagenas vini ejusdem bonitatis et qualitatis, sicuti debet, liberari debet, licet pretium vini, quod solvit, sit diminutum. ℟. Hoc argumentum supponit quod creditor simpliciter ad centum lagenas vini certae bonitatis et qualitatis agat, quod falsum est; non enim simpliciter agit ad centum lagenas vini, sed ad centum lagenas vini non minoris aestimationis, quam tale vinum habebat die quo solvi debebat, quo ipso ostendit se petere vinum relative ad aestimationem illius temporis; debitor erge reddendo centum lagenas vini, prout nunc vinum similis bonitatis et qualitatis valet, non satisfacit petitioni actoris, et cum tale vinum, quale petitum fuit, praestare non possit, condemnabitur in aestimationem.

Sed quomodo judex potest reum in aestimationem condemnare, si agatur actione ex contractu ad vinum, praecipue si agatur actione stricti juris, cum per eam ipsum vinum actor petat, non aestimationem, sic vinum tantum, non vero aestimatio in judicium deductum est; judex autem tantum potest condemnare in id, quod in judicium deductum est? Imprimis si reus neget se debere vinum, et usque ad senteutiam perseveraverit negare, certe tunc judex in ipsum vinum condemnare debebit, et si tunc vinum praestare non possit, secunda condemnatione opus erit, quo condemnabitur in aestimationem. Quod si reus confessus sit se debere vinum, etiam si condictione triticaria actum non fuerit, sed actione ex ipso contractu, imo etiam si actione stricti juris fuerit actum, et quamvis etiam ipsum vinum, non aestimatio petita sit. et adeo aestimatio deducta non sit in judicium, tamen implicite in judicium deducta fuit, in easum, quo res ipsa non praestaretur; adeoque judex condemnando in aestimationem, cum videat rem non posse praestari, nullo modo egreditur terminos suae potestatis, cum enim ibi res praestari nequeat, omni jure aestimatio in ejus locum succedet, et licet in stricti juris judiciis judex pedaneus omnino sit adstrictus formulae a praetore sibi datae, tamen non tam stricto hoc accipiendum, quasi in illis judiciis officio judicis nequeat esse locus: et profecto multa in jure reperiuntur exempla, ubi re ipsa petita nihilominus fit condemnatio in aestimationem; sic, si res aliena legata sit eamque dominus vendere nollet, heres in aestimationem condemnabitur; idem est si legatarius, post factum testamentum, dominium rei legatae titulo oneroso acquisiverit; et tamen actio ex testamento est stricti juris.

Contra id, quod dictum est, scilicet reum condemnari debere in aestimationem quam vinum habuit die adjecto, objicitur, quod si vinum simpliciter debeatur, nullo die adjecto, tunc, si ad aestimationem deveniendum sit, inspiciatur illa aestimatio, quae erat tempore litis contestatae; ex quo inferunt eam etiam aestimationem praestandam esse, quando in diem promissum est. Sed disparitas est quod, dum simpliciter vinum debetur, contrahentes nullum certum tempus respexerint, et consequenter vinum nullius certi temporis in obligationem deduxerunt, adeoque, dum actor petit vinum, videtur petere vinum praesentis temporis, seu quale est tempore litis contestatae respective ad aestimationem faciendam; sed dum in diem vinum debetur, con-

Digitized by Google

trahentes ad valorem vini illius temporis respexerunt, et consequenter aestimatio illius temporis in judicium deducta est.

Nihil etiam facit, quod tempus non afficiat obligationem, et quod existentia diei tantum reddat obligationem puram, quae antea erat in diem, quodque si ab initio pura fuisset obligatio, aestimatio reducenda foret ad tempus litis contestatae; nam verum quidem est quod tempus obligationi adjectum eam non efficiat hoc sensu, nempe quod non obstante adjectione temporis, obligatio ab initio existat et nata sit; ita ut sit vere debitum quod in diem certum debetur, licet nondum extiterit dies; sed cum eo bene consistit nostra thesis, et nihil obstat quominus contrahentes adjiciendo diem, ad vinum illius diei respexerint. Itaque quod aestimatio ad id tempus reduci debeat, non est effectus existentiae diei, ut objectio praetendit, sed est effectus voluntatis contrahentium.

Obj. Quando vinum simpliciter promissum est, etiam hoc actum videtur inter contrahentes, ut si non praestetur, danda sit aestimatio, quae erit tempore, quo petetur vinum; jam autem si creditor extrajudicialiter interpellaverit debitorem ad vinum dandum, et postea in judicio illud petat, aestimatio non erit regulanda ad tempus, quo petitum fuit vinum extra judicium, sed ad tempus litis contestatae; ergo etiam, licet actum sit inter contrahentes ut aestimatio diei adjectae praestetur, non tamen ideo ea attendenda est, sed ea tantum quae fuerit tempore litis contestatae. Disparitas est quod, licet in casu objecto, dum simpliciter vinum promissum est, videri possit inter contrahentes actum esse, ut vinum praestaretur quando creditor illud petet, tamen nullum certum tempus adjectum fuit, ad quod contrahentes respexerint, et ad quod voluerint reduci aestimationem; tempus enim quo creditor petet vinum est omnino incertum, cum ab eo dependeat quandonam petat; deinde, quod vinum simpliciter debitum debeat dari quando petetur, magis provenit ex natura obligationis simpliciter contractae, quam ex conventione contrahentium; ubi in nostro casu expressa conventione et voluntate contrahentium dies adjectus est, et ita ad illum diem omnino respexisse dici debent: praeterea, si, dum vinum simpliciter debetur, deberet inspici aestimatio quem vinum habuit tempore quo illud creditor extrajudicialiter petivit, quasi ad illud tempus contrahentes respexissent, nimia inde oriretur incertitudo, nam saepius quandoque creditor extrajudicialiter debitorem suum interpellat, et contingere potest, quod pretium vini, quod erat tempore primae interpellationis, multum differet ab eo quod erat tempore secundae interpellationis, non esset autem ratio quare potius attenderetur aestimatio, quae erat tempore unius interpellationis, quam quae erat tempore alterius; unde leges recte statuerunt non esse attendendum ad pretium, quod vinum habuit tempore, quo extrajudicialiter fuit petitum.

§ VI.

Hactenus vidimus de casu, ubi merx certo die dari debebat: quid jam si simpliciter, nullo die adjecto, merx certae bonitatis et qualitatis debeatur? Hoc casu, si merx non possit praestari, et ita de ejus aestimatione agatur, ea aestimatio unice est inspicienda, quae erat tempore quo merx in judicio petita fuit, seu quae erat tempore litis contestatae; ita ut hoc tempus tamquam punctum fixum sit inspiciendum; idque, iterum sine distinctione, an agatur condictione triticaria, an actione ex contractu ex quo debetur, item, an agatur actione bonae fidei, an stricti juris, sine distinctione etiam, an reus fuerit in mora vel non.

Probatur ex *L. 22 ff. de reb. cred.* ubi, postquam J. C. decidisset diem obligationi adjectum inspiciendum esse, pergit ad casum, ubi nullus dies adjectus est, et ait: *si non quanti tunc quum petitum esset.* Hic certe J. C, per tempus quo petitum fuit, intelligit tempus litis contestatae, seu tempus, quo in judicio petitum fuit, antea enim inquisiverat, an tempus litis contestatae inspiciendum esset; ut ergo responsio sit conformis ei quod quaesitum erat, intelligendus est de tempore litis contestatae respondisse; et sane tunc proprie res dicitur peti, quando in judicio petitur: praeterea initio legis dixerat *vinum per judicem*, id est coram judice petitum esse.

Probatur quoque ex *L. ult. ff. de condict. tritic.* ubi iterum J. C., postquam decideral casum ubi merx in diem debebatur, ita pergit: *si de die nihil convenit, quanti tunc, cum judicium acciperetur.* Ratio est, quod dum actor vinum in judicio petit, petat illud in praesenti sibi dari, adeoque vinum praesentis temporis in judicium deducit; et si vinum non praestetur, consequi vult aestimationem quam vinum nunc habet; reus autem contestando litem cum actore quasi contrahit, cum eo nempe se obligat, ut si appareat esse debitum, solvat id quod ab eo petetur, sicque obligat se ad vinum talis aestimationis, qualis est in praesenti, dum ab eo petitur, adeoque uterque in vinum hujus temporis et aestimationem, quam nunc habet, consentit: dubitari poterat, an non potius inspiciendum esset tempus contractus, quam tempus litis contestatae, respective ad aestimationem faciendam, hoc argumento, quod dum vinum v. g. mutuo datur, debeat inspici bonitas et qualitas vini, quae erat tempore quo mutuo dabatur; ita ut in eadem bonitate reddi debeat; sed ratio decidendi fuit, quod in mutuo debeat idem reddi quod datum est in eodem genere; non redderetur autem, si idem vinum, sed deterius redderetur, nam bonitas et qualitas est intrinseca vino, eaque

ipsa mutuo data est. Idem non potest dici de aestimatione, quae est omnino extrinseca vino, ejusque substantiam non afficit, nec aestimatio mutuo data est, sed ipsum vinum, ita ut non ea, sed ipsum vinum in obligatione sit; non est ergo ratio cur ad tempus contractus respiciamus respective ad aestimationem faciendam. Unde etiam facile solvitur quod de mutatione monetae objicitur, quod nempe si v. g. centum ducati essent mutuo dati tempore quo ducatus valebat septem florenos, non satisfaceret debitor reddendo centum ducatos, casu quo ducatus diminutus esset ad sex florenos; nam, ut sub *tit. de reb. cred.* vidimus, dum nummi mutuo dantur, non ipsa nummorum corpora, sed aestimatio dari censetur, eaque in obligatione est, et sic in casu objecto, in effectu dati sunt septingenti floreni mutui; debitor autem reddendo centum ducatos tempore quo valent sex florenos, tantum reddit sexcentos, sive non reddit idem quod accepit; est ergo omnino in illo casu inspiciendus valor qui erat tempore contractus, sed dum merx mutuo data est, modo reddat debitor mercem aequalis bonitatis et qualitatis, idem reddit quod accepit, licet tempore quo reddit alius sit valor mercis, quam qui erat tempore contractus, non enim aestimatio mercis, sed ipsa merx mutuo data est, et sic non est ratio quare tempus contractus inspiceremus pro facienda aestimatione.

Obj. *L.* 59, *et* 60 *ff. de verb. oblig.* ubi J. C. decidit quod, quando oleum quis promisit in diem, vel sub conditionem, aestimatio spectari debeat ejus temporis, quo dies obligationis venit, additque hanc rationem, *tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias reicaptio erit:* jam autem in obligatione simpliciter contracta statim peti potest, ergo ex eadem ratione videtur sequi, quod ubi obligatio simpliciter contracta est, debeat inspici aestimatio quae est tempore contractus. R. Quod J. C. ibi non quaerat quale precise tempus inspiciendum sit ad faciendam aestimationem, sed unice hoc decidat, quod si in diem, vel sub conditione merx debeatur, non sit habenda ratio temporis, quod antecedit diem vel conditionis existentiam, quale vero tempus inspici debeat, ibi non decidit: praeterea si decideret eum praecise diem inspiciendum esse, quo peti potest, adeoque in obligatione simpliciter contracta inspiciendum esse diem contractus, tunc Julianus, cujus est haec *L.* 59, sibi contradiceret, nam in *L.* 22 *ff. de reb. cred.* ait non esse inspiciendum diem contractus, sed litis contestatae.

Nec ad rem facit quod, juxta illam explicationem, Julianus in *L.* 59 non decideret nisi rem claram, de qua nemo dubitare poterat; nam praestat hoc admittere, quam ut sibi contradiceret, praecipue cum multae sint leges, quae decidunt casus omnino claros: praeterea possunt dari casus, ubi vinum in diem promissum est, in quibus dubitari possit an non sit habenda ratio aestimationis, quam vinum ante diem adjectum habuit, propter aliquas forte circumstantias promissionem concomitantes.

Obj. *L.* 22 *ff. de oblig. et act.*, ubi supponitur quod quis mercem in diem esset stipulatus, et fidejussorem accepisset, dicit J. C. quod si fidejussor ad aestimationem mercis sit condemnandus, ejus temporis aestimatio spectanda sit, *quo satis acceperit*, seu quo fidejussio interposita fuit; ex quo iterum sequi videtur tempus contractus inspiciendum esse respective ad aestimationem faciendam. R. Dicimus illa verba *quo satis acceperit* sic accipienda esse, in quo satis accepit, ita ut sensus sit, illud tempus seu eum diem inspiciendum esse, in quem fidejussor fidejussit, illumque sensum verba facile patiuntur. Itaque in casu illius legis reus principalis promiserat mercem certae bonitatis dare kalendis v. g. januariis, et pro illa promissione fidejusserat aliquis, seu promiserat iisdem kalendis se daturum; quod autem J. C. loquatur de casu, ubi fidejussor in diem acceptus erat, patet ex eo quod supponat reum principalem in diem promisisse, sicque fidejussor necessario in diem etiam fidejubere debebat; alias fidejussor in duriorem causam obligatus fuisset, quam reus principalis, et sic fidejussio fuisset nulla.

Obj. *L.* 3 § 3 *ff. de act. empt. et vend.*, ubi supponitur quod qui vinum vendiderat, in mora fuerit illud tradendi; et dicitur quod condemnari debeat: *utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur*; ergo non est inspiciendum tempus litis contestatae, sed vel tempus contractus, vel tempus condemnationis seu sententiae. R. Ad hanc legem dicimus, quod J. C. in illis verbis hoc velit, quod debeat inspici vel dies quo vinum tradi debebat, si nempe in diem venditum sit, vel tempus litis contestatae, si nullus dies sit adjectus, quod ita probatur: per verba *quo venit*, seu quo venditum est, intelligit tempus quo tradi debebat, seu diem venditioni adjectum, quod patet ex eo, quod in verbis immediate sequentibus tractet de casu, ubi locus adjectus est quo tradi debebat vinum. Sciendum autem quod jurisconsulti casum adjectionis loci compareant casui, in quo dies adjectus est, et sicuti die adjecto volunt ut illius diei aestimatio spectetur, ita, loco adjecto volunt ut inspiciatur aestimatio, quae merx, eo loco ubi dari debebat, habet; adjectionem enim loci his verbis exprimit J. C., *item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur*: jam autem per *locum*, quo vinum venit, non intelligit locum ubi vinum venditum est, sed locum ubi tradi debebat, ut constat ex § 4 *sequent.* Praeterea habemus ex *L.* 3 *ff. de reb. auth. jud. etc.*, quod contractus censeatur celebratus in loco, in quo solutio destinata fuit: si ergo per verba *quo venit* J. C., dum de loco loquitur, intelligit non locum ubi celebrata est venditio, sed locum ubi tradi debet res vendita, etiam in antecedentibus, dum de tempo-

re loquitur, per verba *quo venit* non intelligit tempus contractus, sed tempus adjectum, quo convenit ut treditio fieret. Praeterea per verba *quo lis in condemnationem deducitur* intelligimus tempus litis contestatae, ita ut J.C. hoc velit, quod si non sit adjectus dies quo vinum tradi debet, inspiciendum sit tempus litis contestatae, quod autem illa verba hunc sensum admittant probatur ex *L.* 2 *ff. de except. etc.*: ibi J. C. dicit *exceptiones opponi solere actionibus ad excludendum id quod in intentionem condemnationemque deductum*: jam autem certum est quod exceptiones opponi debeant antequam feratur sententia, et adeo per verba *condemnationemque deductum* J.C intellexit tempus litis contestatae; nil ergo impedit quominus in *d. L.* 3 § 3, per verba *quo lis in condemnationem deducitur* intelligamus tempus litis contestatae.

Obj. Quod in supposito quod aestimatio vini major fuerit tempore interpellationis extrajudicialis, quam tempore litis contestatae, debeat inspici prius tempus, nam per interpellationem extrajudicialem debitor constituitur in mora, mora autem nocet moroso. ℟. Quod dicitur *moram nocere moroso* verum est, quoad aliquos effectus in legibus expressos, v. g. quod debitor morosus, qui certam rem debet, non liberetur per interitum rei debitae; item si pecuniam ex judicio bonae fidei debeat, a tempore morae condemnetur in usuras; sed non inde sequitur quod in obligatione mora ei nocere debeat; morae enim effectus sunt limitati, et sane non est hic effectus morae, ut obligationem immutet, quod tamen fieret, si ad tempus morae respiciendum foret ad aestimationem faciendam; nam tunc sequeretur quod debitor inciperet debere vinum talis aestimationis, qualis erat tempore morae, ubi antea non debebat vinum ullius temporis, sed tantum certae bonitatis et qualitatis.

Instant et dicunt: quod in nostra sententia mora non tantum non noceret moroso, sed etiam ei prodesset; nam in supposito quod vinum minoris valeat tempore litis contestatae, quam tempore morae, condemnabitur tantum in aestimationem, quae erat tempore litis contestatae, ubi tamen si moram non commisisset, solvisset vinum multo majoris aestimationis. ℟. Inde non sequitur quod debitor lucrum sentiat ex sua mora, nam per accidens evenit quod vini pretium sit diminutum, poterat enim augeri et minui, quo casu in illud augmentum fuisset condemnandus: praeterea quod creditor minus consequatur, dum vinum tempore litis contestatae est diminutum, negligentiae ejus tribuendum est, poterat enim statim post moram debitoris eum convenire.

Obj. Dum merx in diem debetur, inspicitur aestimatio, quae erat die adjecto; ergo etiam debet inspici aestimatio diei interpellationis, siquidem per eam debitor in mora constituatur. ℟. Quando merx in diem debetur, debet quidem inspici aestimatio diei adjecti, sed hoc non ideo est, quia debitor per lapsum diei in mora constituitur, prout objectio supponit; nam, juxta veriorem sententiam, debitor per solum lapsum diei in mora non constituitur, sed ulterius requiritur interpellatio; ast ideo debet inspici aestimatio diei adjecti, quia hoc tacite inter contrahentes actum videtur.

§ VII.

Quid si non merx, sed certa species debeatur, et cum ea non praestetur, in aestimationem condemnatio facienda sit? Si agatur actione stricti juris, inspiciendum est tempus litis contestatae; si vero agatur actione bonae fidei, inspiciendum est tempus condemnationis seu sententiae, modo tamen in utroque casu res non sit deterior facta post moram debitoris, nam tunc spectari deberet tempus morae; etenim ipsam rem deteriorem factam dando, debitor non liberaretur, sed cum mora perpetuet obligationem, non liberaretur nisi rem daret prout erat tempore morae; itaque etiam si ad aestimationem deveniendum sit, aestimatio, quam tunc habebat, dari debet (*L.* 3 *in fine ff. de condict. trit.*); idem est, si dolo vel culpa debitoris res debita facta sit deterior, nam et tunc aestimatio, quam res ante deteriorationem habebat, inspici debet, non ea quae erat post deteriorationem, nam ipsam rem deterioratam debitor dando non liberatur.

Quod autem si res non sit facta deterior culpa debitoris, vel post moram, inspiciendum sit tempus litis contestatae, si agatur actione stricti juris, tempus autem sententiae, si agatur actione bonae fidei, probatur ex *L.* 3 § 2 *ff. commod.*, ubi dicitur: *in hac actione*, scilicet commodati, *sicut in caeteris bonae fidei judiciis similiter in litem jurabitur, et rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur, quamvis in strictis, litis contestatae tempus spectetur.* Licet J.C. dicat *in litem jurabitur, in actione commodati*, tamen sequentia verba, in quibus de aestimatione facienda tractat, non referuntur ad casum ubi in litem juratur, ut aliqui volunt, nam in juramento in litem nullum tempus observari debet, sed simpliciter actor jurare potest quanti sua interest pro affectione sua; unde verba sequentia, in quibus de tempore tractatur ad quod aestimatio referenda est, omnino intelligenda sunt de casu, ubi officio judicis condemnatio in aestimationem facienda est. Quod autem lex illa tractet de specie, patet ex eo, quod non nisi species commodari soleant, rarissime autem commodentur merces. Idem probat *L.* 37 *in fine ff. mand.*, ubi J. C. tractat de casu, quo certus homo ex stipulatione debetur, et ait, *aliter in stipulatione servatur, nam tunc id tempus servatur, quo agitur.* Hanc etiam sententiam probat *L.*

Digitized by Google

28 *ff. de novat.*; ratio antem quare in strictis judiciis spectetur tempus litis contestatae est, quod dum species in judicio petitur. ea petatur in praesenti prout, nunc est, et ita prout nunc est in judicium deducitur, et cum in stricti juris judiciis potestas judicis sit limitata, debet praecise condemnare in rem, prout erat dum petita est in judicio, quae si non extet, in aestimationem quae tempore litis contestatae erat.

Sed quare dum species in diem debita est, non respicitur aestimatio. quam habebat die adjecto, sicuti dum merx in diem debetur? Disparitas est, quod cum pretia mercium crescere et decrescere soleant pro variis anni tempestatibus, et in merce debita omnino respiciatur ad aestimationem mercis, qua mediante ipsa merx semper comparari potest, ideo contrahentes adjiciendo diem censentur respexisse ad aestimationem diei adjecti, adeoque creditor post diem agendo, tacite in judicium deducit aestimationem diei adjecti. Sed species non ita pro temporum varietate crescunt et decrescunt, et dum speciem stipulamur vel emimus, non ita de aestimatione cogitamus, sed de ipsa specie habenda sumus solliciti; multum enim interest inter speciem et ejus aestimationem, in speciem enim cadit affectio, et mediante aestimatione non semper eam comparare possumus; unde ex eo quod diem adjecerimus, non tamen ad aestimationem illius diei respeximus; imo dum speciem in judicio petimus, nequidem tunc de aestimatione agimus, nisi quatenus ea in ipsa aestimatione continetur; unde ad aestimationem, qualis nunc est dum res petitur, condemnatio fieri debet. In judiciis vero bonae fidei inspicitur tempus sententiae; etenim quamdiu debitor non est condemnatus in aestimationem, semper potest se liberare dando rem prout est, modo non sit deteriorata culpa ipsius, aut post ejus moram; imo adhuc res, qualis est, semper debita est; unde, cum tempore quo sententia fertur, adhuc res sit debita, et eam praestando debitor adhuc liberaretur, aequum est ut si aestimatio pro re danda sit, detur ea, quam nunc habet, et cum judex in judiciis bonae fidei possit habere rationem aequitatis, in illam aestimationem reum condemnabit.

Obj. *L. ult. ff. h. t.* ubi, postquam J. C. de merce debita tractaverat, addit *quod et de caeteris rebus juris est*, et sic non videtur distinguere inter speciem et merces. Ꝛ. Quod illa verba sint intelligenda *de caeteris mercibus*, exempla enim proposuerat J. C. in vino, oleo, frumento debitis, seu in mercibus ad vitam maxime necessariis; et sic, dum addit de caeteris rebus idem juris esse, hoc ad res ejusdem generis, seu ad merces caeteras referendum est.

Qui volunt aestimationis faciendae causa inspiciendum esse tempus, quod intercedit inter moram et litem contestatam in judiciis stricti juris, et quod intercedit inter moram et sententiam in judiciis bonae fidei, ut scilicet praestetur ea aestimatio, quae maxima fuit inter haec tempora, fundant se praecipue in *L.* 8 § 1 *ff. de condict. furt.*, ubi dicitur quod, dum fur convenitur condictione furtiva, et ad aestimationem deveniendum est, id tempus spectandum, quo res plurimi fuit. Sed Ꝛ. quod de fure ibidem dicitur, male ad alios debitores extenditur; imprimis enim dici potest id odio furum specialiter statutum fuisse, ut ex verbo *placet*, quo J. C. utitur, videtur posse colligi; ordinarie enim illud verbum denotat aliquid specialiter fuisse receptum. Deinde sensus J. C. hic esse videtur ut, si ad aestimationem rei furtivae deveniendum sit, et res furtiva pretiosior facta sit, ea aestimatio inspicienda sit, quae tunc fuit, nec mirum; fur enim in perpetua mora est, donec rem offerat domino, ita ut omni momento quo non restituit, novam moram et novum furtum facere videatur (*L.* 50 *ff. de furt.*), atque adeo momento quo res meliorata fuit, etiam tunc moram commisit, et sic, cum mora perpetuet obligationem, perpetuata fuit obligatio praestandi rem, prout erat dum meliorata erat; et proinde si postea iterum fiat deterior, eam prout est reddendo, non liberatur: contrarium est in alio debitore, ille enim non committit moram singulo momento sicuti fur, sed unicam tantum moram committit tempore nempe quo interpellatur; unde si tempore quo interpellatur, res debita valeat forte centum, postea melioretur ad viginti, et postea iterum decrescat ad centum, liberatur debitor eam reddendo prout nunc est, per moram enim perpetuata quidem fuit ejus obligatio ad rem, prout tunc erat, non prout postea meliorari posset.

Fictitia ergo videtur sententia illa, quae statuit quod inspici debeat aestimatio, quae maxima fuit inter unum tempus et aliud; duos tantum novimus casus ubi hoc obtinet, in fure nempe et in actione legis Aquiliae.

§ VIII.

Quid jam si petatur species per condictionem triticariam? Etiam inspiciendum est tempus sententiae (*L.* 3 *ff. h. t.*), in qua clarum est tractari de specie; eodem ergo modo hic erit, ut dum res debita petitur actione bonae fidei, nam respective ad aestimationem faciendam potestas data est judici in condictione triticaria ex bono et aequo judicandi.

TITULUS IV.

DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

§ I. Solutio certo loco destinata ibidem fieri debet.
§ II. Quandonam conveniri potest qui certo loco soluturum se promisit.
§ III. Quid si quis promiserit se Capuae vel Ephesi soluturum, quandonam conveniri poterit.

§ I.

Quando certo loco quis dare aliquid promisit, eo loco ubi dare promisit solvere tenetur, nisi creditor alibi solutionem velit accipere: caeterum invito creditore alibi quam in loco convento solvere nequit (*L.* 9 *ff. h. t.*). Etenim locus, qui solutioni adjicitur, non tantum in favorem debitoris adjicitur, sed etiam in favorem creditoris, qui forte in illo loco pecunie indiget propter negotiationem, quam ibi exercet; imo quandoque in favorem solius creditoris locus adjicitur, sicque fieret ipsi injuria, si alibi cogeretur pecuniam accipere, cum saepe plurimi ejus intersit, potius in loco convento, quam in alio sibi solvi: nec obstat quod is, qui certo die dere promisit, ante eum diem solvere possit etiam invito creditore (*L.* 38 § 16 *ff. de V. O.*, *L.* 70 *ff. de sol. et lib.*). Etenim dies ordinarie in utilitatem solius debitoris edjectus est, ut nempe ante diem cogi non possit ad solvendum; liberum ergo ei est favori illi renunciare, sed locus in favorem utriusque, et quandoque in favorem solius creditoris adjicitur, cui proinde inferretur injuria, si alio loco solutionem deberet accipere. Sane si ponamus diem in favorem creditoris etiam adjectum esse, tunc erit paritas cum casu ubi locus adjectus est, et tunc debitor ante diem adjectum invito creditori solvere non posset.

§ II.

Quandonam conveniri possit ex sua promissione is, qui certo loco dare promisit? Non antequam praeterierit tempus, quo ad locum adjectum debitor pervenire potuit, hoc enim tempus tacite inest promissioni; hincque est quod imprimis decidat Imp. in § 5 *inst. de V. O.* hanc stipulationem, *hodie Carthagine dari spondes*, Romae factam, non valere utpote impossibilem, nisi tamen stipulator et promissor, uterque procuratorem Carthagini haberet, eisque ante per litteras notum fecissent se talem hodie stipulationem inituros (*L.* 141 § 4 *ff. de V. O.*).

Quantum autem tempus dari debeat reo, ut ad locum conventum perveniat, explicat J. C. in *L.* 137 § 2 *ff. de V. O.* Hoc autem tempore transacto potest reus in hoc loco conveniri, siquidem ibi reperiatur; nam locus contractus, qualis est in quem solutio destinata est, non alias dat forum competens, nisi reus ibi reperiatur: quod si ibi non sit, potest tunc in alio loco, ubi nempe forum competens sortitur v. g. in loco domicilii, non alio, conveniri, non simpliciter quidem, sed edjecte mentione loci conventi.

§ III.

Quod si reus alternetive promiscrit v. g. Capuae vel Ephesi dare, tacite inest tempus quo debitor ad locum remotiorem potuit pervenire, habet enim tali casu electionem utro loco solvere velit, eodem modo sicuti electionem habet dum duas res alternative promisit, quae electio ei auferenda non est. Sed quamdiu retinet istam electionem? Constat imprimis quod, dum quis duas res alternative debet, licet jam inde elegerit, possit tamen adhuc varie- re tam saepe quam vult, usque ad finalem solutionem (*L.* 138 § 1 *ff. de V. O*); eligendo enim unam, non vult se obligare ad illam solvendem, sed tantum declarat mentem suam esse eem solvendi, ex qua declaratione nullum jus acquirit creditor ad rem electam, sed ea non obstante, obligatio adhuc manet alternativa: aliud esset si non simpliciter debitor elegisset, sed simul obligasset se ad rem quam elegit solvendam, nam tunc certe electionem amisisset: idem obtinet quando creditor electionem habet, nam et hic quoties vult ante solutionem variare potest, quamvis tamen haec regula exceptiones quasdam habeat, de quibus hic dicendi locus non est.

Idem dicendum de eo, qui illo vel illo loco dare promisit, ut nempe electionem habeat eamque retineat, donec in alterutro loco lis cum eo sit contestata: quod si creditor litem cum eo in elterutro loco sit contestatus, jam electionem amittit debitor, et in loco, in quo conventus est, omnino solvere cogitur; habet itaque reus, antequam conveniatur in elterutro loco, electionem ubi solvere velit, sed creditor, si reus transacto tempore, quo ad locum remotiorem pervenire potuerit, non solverit, habet etiam electionem eum conveniendi in alterutro loco adjecto, si ibi reperiat reum, et statim ac eum invenit in alterutro loco, reus electionem amittit. Ratio est quod hoc tacite intelligatur inter contrehentes actum, ut per litis contestationem in alterutro loco factam reus electionem amittat, alies au-

tem nil actum foret inter eos, nam si adhuc electionem retineret reus, posset post litem in alterutro loco contestatam, dicere se velle solvere in alio loco: sic v. g. Capuae conventus diceret se velle solvere Ephesi, et postea Ephesi conventus diceret se velle solvere Capuae, et sic semper creditorem petentem eluderet, adeoque in potestate debitoris foret an esset obligatus, nec no, quod est contra essentiam obligationis, nam potest bene esse in potestate debitoris quid debeat, sed non an debeat, cum obligatio sit juris vinculum, quo quis adstringitur (*L.* 2 § 3 *ff. h. t.*); nisi ergo dicamus tacite actum esse inter contrahentes, ut debitor amittat electionem statim ac altero loco conventus erit, nihil erit actum inter illos, et obligatio non valebit; jam autem omnis actus est semper ita interpretandus, ut potius valeat quam pereat.

Itaque elapso tempore, quo reus ad locum remotiorem pervenire potuerit, poterit creditor eum convenire in alterutro loco, nec debebit agere alternative ut alterutro loco reus solvat, sed ut in eo loco solvat, in quo convenitur, et in id condemnabitur reus. Nec obstat *L.* 2 § 2 *ff. h. t.*, ubi dicitur: quod si quis alternative illo vel illo loco promiserit, et creditor agat, non debeat agere detracto altero loco, sed mentionem facere utriusque loci adjecti, ne alias auferat loci utilitatem reo; nam ille § non agit de actione ex contractu, sed de casu ubi arbitraria actione agitur alibi quam in loco convento, ut patet ex principio ejusdem legis, in quo J. C. de arbitraria actione ex professo tractat, item ex § 2 quod semper pergat loqui de actione arbitraria; nos autem loquimur de casu ubi reus convenitur actione ex ipso contractu, quae instituitur in loco convento. De arbitraria autem actione postea loquemur.

Non obstat etiam quod ante elapsum tempus, quo debitor ad locum remotiorem potuit pervenire, nullo modo esset electio creditoris conveniendi reum ubi vellet, sed id ad reum spectaret, nec quod tempus non sit modus immutandae obligationis; ex quo inferunt, quod nec post hoc tempus electio ad creditorem incipiat spectare; etenim obligatio hic non immutatur lapsu temporis, quod contractui inest, sed immutatur ex eo, quod tacite actum est inter contrahentes, ut post hoc tempus electio creditoris esset, ita ut ibi sit effectus conventionis, non vero temporis: quod autem lite contestata debitor amittat electionem, non est sine exemplo in jure; sic notum est quod, quando sunt duo correi credendi, debitor habeat electionem cui ex illis solvere velit; ubi vero unus correorum litem cum eo contestatus est, statim reus illam electionem amittit, et ei a quo conventus est solvere cogitur (*L.* 16 *ff. de duob. reis*): ex eadem fere ratione, ne alias debitor eum qui peteret, semper posset eludere, dicendo se velle solvere alteri.

§ IV.

Quid jam si alternativa rerum mixta sit alternativae locorum? Tunc videndum an alternativa rerum non dependeat ab alternativa locorum, ut in hac promissione: 100 *aut servum dare spondeo Capuae, aut Ephesi;* an vero ab eo dependeat, ut in hoc exemplo: 100 *Capuae vel servum Ephesi dare spondeo.* Priori casu, ubi nempe est independens ab alternativa locorum, elapso tempore quo debitor ad remotiorem locum pervenire potuit, creditor in alterutro loco eum potest convenire: sic in hac promissione, 100 *vel servum Capuae, vel Ephesi dare spondeo*, elapso tempore praedicto, habeo electionem conveniendi debitorem in alterutro, in quo eum reperiam, et lite eum eo Capuae v. g. contestata, amittit electionem solvendi Ephesi, propter eandem rationem, ne alias in potestate debitoris foret eludere actionem creditoris: caeterum si Capuae v. g eum conveniam, quamvis amittat electionem solvendi ubi vult, non tamen amittit electionem solvendi rem quam vult, sed poterit adhuc eligere an velit solvere 100, an hominem, debeboque contra eum alternative agere ad 100 vel hominem; nam per hoc quod retineat electionem rei, quam solvere velit, non poterit me eludere, sicut me eludere posset, si electionem loci retineret. Si vero alternativa rerum dependeat ab alternativa locorum, jam statim ac debitor in alterutro loco conventus erit, non tantum amittet electionem loci, sed etiam electionem rei; sic in hac promissione 100 *Capuae, aut Ephesi hominem*, elapso tempore quo ad locum remotiorem debitor potuit pervenire, creditor habet electionem conveniendi eum in alterutro loco, ubi reperietur: quod si v. g. Capuae eum conveniat, simpliciter ad 100, aget, et cogetur debitor solvere 100 quae Capuae promisit, non vero poterit solvere hominem, quem non promiserat Capuae dare, sed Ephesi, cum enim ex jam dictis amittat electionem loci, et sic Capuae solvere cogatur, etiam electionem rei, quam solvat, amittere debet, cum haec dependeat a priori (*L.* 2 § 3 *in fin. ff. h. t.*).

§ V.

Si quis copulative illo et illo loco dare promiserit? Si res, quae naturaliter dividi possit, promissa sit, dicendum est partem in uno loco, partem in altero solvi debere; v. g. si quis promiserit 100 dare Capuae et Ephesi, videtur id actum ut Capuae 50, et 50 Ephesi solvantur; hoc enim certe actum non videtur inter eos, ut utroque loco debeant solvi 100, in dubio enim debet censeri minima summa promissa, et pro promissore contra stipulatorem respondendum est, qui sibi imputet, quod non expresserit ut in utroque loco 100 solverentur; nisi ergo is probet quod hoc actum sit ut in

utroque loco debeantur, non nisi unica 100 debebuntur (arg. *L.* 99 *pr. ff. de V. O.*) Si vero res, quae naturaliter dividi nequit, promissa sit, copulative illo et illo loco, v. g. Stichum dare Ephesi et Capuae, quamvis possibile sit, ut pars Stichi detur Ephesi, et pars Capuae, seu ut dominium Stichi pro medietate Capuae transferatur, et pro altera Ephesi, tamen si ita acciperetur, haec promissio ridicula foret; deberet enim totus Stichus tradi Capuae, ut ibi dominium pro parte transferretur, nam traditio, cum in facto consistat, est individua, ita ut pro parte fieri nequeat, et tunc iterum Ephesi tradi deberet ut dominium pro altera parte ibidem transferretur: haec certe non videtur fuisse mens contrahentium, unde haec copulativa ex eorum intentione resolvenda videtur in disjunctivam, ut per verba *Capuae et Ephesi* intellexerint *Capuae vel Ephesi*, quod non est sine exemplo in jure, ut patet ex *L.* 53 *ff. de verb. signif.*

§ VI.

Nunc videamus de casu, ubi fidejussor certo loco dare promisit: et imprimis, si reus principalis promiserit v. g. 100 dare, sine ullo loco adjecto, fidejussor non posset accipi cum adjectione loci, non enim valet fidejussio, dum fidejussor in duriorem causam se obligat, quam reus principalis; jam autem in durius obligatur qui certo loco quid debet, cum is alio loco solvere nequeat, invito creditore, ubi is qui sine ulla loci adjectione promisit, ubique solvere potest (*L.* 16 § 1 *ff. de fidej.*).

Quod si reus certo loco, fidejussor alio loco se daturum promiserit, non valebit fidejussio, licet forte locus quem fidejussor adjecit commodior foret ad solvendum, quam locus a reo principali adjectus; etenim locus obligationi adjectus facit partem obligationis, et sic fidejussor alio loco solvere promittens non in eandem obligationem fidejuberet, sed in aliam; jam autem fidejussor in aliam obligationem acceptus, quam est obligatio rei principalis, non tenetur (*d. L.* § 2).

Quando jam reus principalis certo loco aliquid dare promisit, et fidejussor eodem loco se daturum fidejussit, is ex sua fidejussione conveniri nequit, nisi tempus sit elapsum, quo reus principalis ad locum conventum potuit pervenire; etenim hoc tempus tacite inest in promissione rei principalis, ita ut hic ante hoc tempus conveniri nequeat; ne ergo fidejussor in duriorem causam obligatus sit, debet etiam hoc tempus obligationi fidejussoris inesse. Itaque si reus principalis Romae existens promiserit 100 Ephesi dare, et Titius existens forte in loco, qui est Ephesi proximior quam Roma, fidejusserit pro illis 100 Ephesi dandis, quamvis forte elapsum sit tempus, quo fidejussor potuit Ephesum pervenire, non tamen ex sua fidejussione conveniri potest, nisi etiam tempus elapsum sit, quo reus principalis potuit Ephesum pervenire; imo, licet fidejussor Ephesi existens pro illa obligatione fidejussisset, non tamen statim ex sua fidejussione conveniri potest, sed tum tantum, quando elapsum esset tempus, quo reus principalis Ephesum pervenire potuit.

Ulterius fidejussor non tantum dilationem temporis habet ex persona rei principalis, sed etiam ex sua propria persona: sic v. g. si reus principalis Capuae existens promiserit 100 ibidem solvere, et quis pro ea obligatione Romae fidejusserit, quamvis reus principalis ex sua promissione statim conveniri possit, non tamen fidejussor statim posset conveniri, nisi elapso tempore quo Capuam pervenire potuerit, etenim fidejussor certo loco dare promisit; jam autem dum quis certo loco dare promisit, illi promissioni tacite inest dies, quo ad locum conventum pervenire posset (*L.* 49 § 2 *ff. de fidej.*); et profecto quamvis obligatio fidejussoris sit accessoria obligationis principalis, est tamen prorsus distincta ab eadem, et sic ratio suadet, ut ex proprie etiam persona fidejussor dilationem habeat: hanc decisionem confirmat J. C. in *d. L.* hoc argumento, quod si reus principalis Romae promisisset se daturum 100 Capuae, certe haberet dilationem donec Capuam pervenire posset, ita ut prius non posset conveniri; itaque fidejussor etiam in casu dilationem habere debet, ne alias in duriorem causam obligaretur, quam obligatus fuisset reus principalis, si ipse Romae existens promisisset Capuae solvere.

§ VII.

Antequam loquamur de actione arbitraria, quae introducta est pro eo quod certo loco dari oportet, videamus de actione, quae oritur ex ipso contractu ex quo debetur, qua sola agi poterat ante introductam arbitrariam: et imprimis si post elapsum tempus, quo ad locum conventum debitor pervenire potuit, in illo loco reperiatur ibidem tamquam in foro contractus conveniri poterit, nec hoc casu opus est actione arbitraria: quod si debitor illo loco non reperiatur, elapso hoc tempore, tunc, si sit debitor ex actione bonae fidei, creditor illam actionem in illo loco, quo nempe debitor forum competens habet, instituere potest, facta in libello suo mentione loci adjecti, ita ut solutionem consequatur, cum eo quod interest in loco convento non esse solutum, et cum judex in judiciis bonae fidei habeat potestatem judicandi ex aequo et bono; potest revera debitorem condemnare, ut hic pecuniam solvat, simulque etiam in id quod interest creditoris, potius solutionem accipere in loco convento quam hic: sic pro judiciis b. f. opus non erat introducere actionem arbitrariam, imo nec postquam introducta est ei locus est in judiciis b. f.; sed in

illis adhuc semper agimus actione ex ipso contractu (*L. 7 pr. ff. h. t.*).

Quod si debita sit pecunia certo loco ex contractu stricti juris, et debitor, transacto tempore, in loco convento non reperiatur, an jam actione ex contractu ipsum convenire possum in alio loco? Affirmative, modo in eo loco in quo convenitur habeat forum competens: nec obstat *L. 1 ff. h. t.*, ubi dicitur: *alio loco quam in quem sibi dari quisque stipulatus est, non videbatur agendi facultas competere*; nam per haec verba J. C. non negat quod alio loco, quam in loco convento debitor possit conveniri, sed tantum hoc vult, quod si agatur alio loco, quam in loco convento, creditor non sit consecuturus finem et scopum suae stipulationis, ita ut vox *facultas* ibi non sumatur pro jure agendi, sed pro medio idoneo finem et scopum suae stipulationis consequendi; prout eadem vox accipitur in *L. 137 § 4 ff. de V. O.*; scilicet ante introductam arbitrariam poterat quidem creditor agere contra debitorem alibi quam in loco convento, si ad locum conventum non veniret debitor; sed dum alibi agebat actione stricti juris, debebat agere ad hoc ut reus condemnaretur solvere in loco convento, ad quod si debitor condemnabatur, iterum novum tempus ei dandum erat, quo ad locum conventum posset pervenire; debet enim dari tempus debitori quo satisfaciat sententiae, ne alias ad impossibile teneatur; et sic debitor lucrabatur duplex tempus, ubi tamen scopus et intentio contrahentium fuerat ut statim ac tempus, quo pervenire poterat ad locum conventum, fuisset elapsum, solvere teneretur sine ulla nova dilatione.

Dixi quod si alio quam in loco convento creditor agat actione stricti juris, debeat agere ad hoc ut debitor condemnetur solvere in loco convento, nam si ageret ad hoc ut condemnaretur in loco, in quo litem contestatur, se exponeret periculo plus vel minus petendi, quam quod sibi debetur, cum notum sit pretia et aestimationes rerum variare pro varietate locorum; imo etiam si pecunia numerata petatur, gravius aliquando est debitori in illo loco solvere, quam in alio, quo casu plus peteret creditor, jam autem qui plus petebat apud Romanos causa cadebat (§ 33 *inst. de act.*): non poterat etiam creditor agere, ut condemnaretur debitor solvere in loco ubi lis contestabatur, habita ratione ejus quod vel debitoris vel creditoris interesset potius in loco convento solvere vel solutionem accipere, quam in hoc loco; etenim in actionibus stricti juris judex est alligatus formulae a praetore sibi datae, nec habere potest rationem ejus quod alterutrius interest, sed condemnare debet in id quod verbis stipulationis est expressum, non in plus, nec minus, quae omnia efficiunt ut creditor, quamvis in alio loco quam loco convento agere possit, agendo tamen alio loco actione stricti juris, non possit ibidem consequi scopum et finem suae stipulationis, quae res eo majorem continebat duritiem, quod fieri poterat debitorem nunquam perventurum ad locum conventum, et sic fieri poterat ut nunquam ibi conveniri posset (*L 1 ff. h. t.*).

§ VIII.

Hanc iniquitatem in actionibus stricti juris praetor animadvertens, ad eam corrigendam introduxit actionem, quae passim vocatur arbitraria, non hoc sensu sicuti aliae actiones arbitrariae vocantur, in quibus nempe si reus non pareat jussui judicis, succedit secunda condemnatio (§ 31 *inst. de act.*), sed hoc sensu haec actio arbitraria vocatur, quod in ea relinquatur liberum arbitrium judici, ut ex aequo et bono condemnet reum, ut solvat in loco in quo lis contestata est, habita ratione ejus quod interest rei vel actoris potius solvi in loco convento, quam in loco ubi agitur.

Potest igitur definiri haec actio arbitraria, quod sit actio praetoria, personalis, qua reo convento ex negotio stricti juris in alio loco, quam in loco adjecto, facta commemoratione loci adjecti, permittitur judici aestimare ex aequo et bono quanti alterutrius interest potius solvendi in loco adjecto, quam in loco in quo agitur, et in eam aestimationem reum condemnare.

Hac actione agi potest quotiescumque ex negotio stricti juris aliquid certo loco dari debet, elapso nempe tempore, quo ad locum conventum debitor potuit pervenire, sed an in omni loco intentari potest haec actio? Hoc quidam interpretes volunt, sed male; notum enim est neminem posse conveniri in alio loco, quam in quo forum competens habet; nec obstat *L. 43 ff. de jud.*, ubi dicitur *quocumque loco agere posse in id quod interest constat*; nam illa verba *quocumque loco* ita sunt restringenda, quocumque loco quo reus forum competens habet, alias notissimis juris principiis lex illa contradiceret. Dicendum itaque quod actio arbitraria institui possit in omni loco, in qua reus forum competens habet, sive sit forum domicilii, privilegii, reconventionis etc., excepto tamen loco contractus, sive loco in quo solutio fieri promissa est; in illo enim loco si agamus, agere debemus actione ex ipso contractu, ex quo debetur, non actione arbitraria; nam actione arbitraria petimus quod nostra interest adjecto loco non fieri solutionem, ridiculum vero esset sic agere in loco adjecto, cum tunc in eo ipso loco solutionem nobis fieri petamus.

§ IX.

Verius videtur quod haec actio arbitraria sit actio omnino distincta ab actione stricta, quae ex contractu competit, ita ut non tantum sit qualitas adjectitia actionis ex contractu, quasi praetor actioni

strictae ex contractu hanc novam qualitatem dedisset, ut judex possit in ea rationem aequitatis habere, ut quidam volunt, sed omnino alia, et distincta actio; nullibi enim haec actio vocatur actio ex contractu, sed simpliciter arbitraria (*L.* 2, *et* 5 *ff. h. t.*), imo actioni ex contractu opponitur *in L.* 7 *ff. h. t.*: caeterum quamvis distincta sit ab actione ex contractu, non tamen est actio b. f., sed stricti juris, excepto hoc unico effectu, quod possit judex rationem habere utilitatis loci adjecti, et in hanc utilitatem condemnare ex aequo et bono, eam quoad reliquos effecus est stricti juris: sic v. g. reus arbitraria conventus non potest in usuras condemnari, propterea quod moram fecit, non magis quam in caeteris stricti juris actionibus.

§ X.

An arbitraria actio etiam locum habet pro eo, quod certo die promissum est, quodque suo die non fuit praestitum? Negative, licet hoc aliqui putent, nullus enim textus hoc dicit; et praeterea non militat eadem ratio, quae militat pro eo quod certo loco dari debebat, ideo enim actio arbitraria fuit introducta pro eo quod certo loco dari debet, quia contingere poterat ut debitor ad locum adjectum nunquam perveniret, creditor autem alio loco agendo actione ex contractu non posset consequi utilitatem suae conventionis; haec ratio cessat in die adjecto, potuit enim statim post lapsum diei creditor convenire debitorem, quod cum non fecerit, sibi imputet. Praeterea dies ordinarie in favorem solius debitoris adjicitur; sic lapsus diei non potest debitorem novae praestationi vel oneri reddere obnoxium; non est ergo ratio cur debitor, qui suo die non solvit, post lapsum diei conventus condemnaretur in plus quam promiserat, vel cur judici deberet dari potestas aestimandi utilitatem diei, seu id quod interest potius solutam fuisse pecuniam die adjecto quam nunc.

§ XI.

Haec actio etiam locum non habet, ubi quid fieri certo loco promissum est; si enim factum eo loco non sit, elapso tempore quo fieri potuit, statim possum agere ad id quod mea interest factum positum non esse, et sic non indigeo arbitraria actione, imo illa mihi esset inutilis; nam si v. g. quis mihi promisisset domum aedificare Bruxellis, et Lovanii arbitraria agerem, deberem agere ad hoc, ut hic Lovanii aedificetur domus, habita ratione ejus quod vel mea vel promissoris interest potius Bruxellis eandem aedificari quam hic: et sic agerem ad factum prorsus diversum, quam erat id quod promissum est, nam aliud est aedificare Bruxellis, aliud Lovanii; imo forte mea nullo modo interest ut Lovanii aedificetur. Aliter obtinet in obligationibus dandi, interest enim mea ut, si non solvatur pecunia loco convento, solvatur saltem alibi, praecipue cum per actionem arbitrariam alibi intentatam non tantum summam promissam, sed etiam id quod mea interest loco convento non solvi, consequar.

§ XII.

Nunc videamus de effectu illius actionis, et quale in ea sit judicis officium: et imprimis non semper judex reum arbitraria conventum condemnare debet, ut in loco in quo agitur solvat, sed quandoque eum absolvere debet, posita cautione, quod in loco adjecto sit soluturus quamprimum poterit, idque aequitas postulat, si forte reus pecuniam depositam habeat in loco adjecto, vel forte jam paratus fuerit ibi solvere, et creditorem, cui solveret, non reperiret, aut etiam si locus adjectus non longe distet a loco in quo agitur (*L.* 4 § 1 *ff. h. t.*). Quod si hae vel similes circumstantiae nec intervenisnt, judex condemnabit reum ut in loco in quo convenitur solvat; non autem semper condemnabit praecise in summam promissam, sed quandoque in plus, si forte actoris intersit potius accipere summam promissam in loco convente, quam hic, propter negotiationem forte quam ibidem exercet: sic fieri potest ut qui promiserit mihi 1000 dare Parisiis, Lovanii arbitraria a me conventus, condemnetur solvere 1200, ex eo quod ad 200 mea intersit potius 1000 accipere Parisiis, quam Lovanii: contra aliquando in minus condemnatur reus, quam quod promisit, si forte ejus intersit potius solvere Parisiis, quam hic Lovanii ubi convenitur. Utilitas itaque loci adjecti aestimari debet a judice tam ex parte actoris, quam rei: id probatur *ex L.* 2 *pr. et* § 8 *ff. h. t*, item ex *L. unic. cod. ubi convenitur qui cert. loco dare promis.* hac tamen distinctione, ut siquidem steterit per actorem quominus solutionem acciperet in loco convento, utilitas loci veniat primario aestimanda ex parte rei, ex parte vero actoris ita demum aestimanda veniat, quatenus ea non impeditur per utilitatem ex parte rei; etenim debitor ex conventione jus acquisivit solvendi in loco convento, vel saltem gaudendi utilitate loci conventi, quatenus in ejus favorem locus adjectus est: hoc autem jus non potest ei auferri per actorem: non ergo utilitas loci ei auferenda est aut impedienda per contrariam utilitatem actoris, tanto magis quod in potestate actoris fuerit solutionem in loco convento accipere, cum, ut supponitur, per eum steterit quominus solutio in loco convento fieret; imo licet per utrumque steterit quominus solutio fieret in loco adjecto, adhuc dicendum utilitatem loci primario ex parte rei aestimandam esse, tum quia in pari causa partes rei semper sunt favorabiliores, tum quia jus reo acquisitum sine causa ei auferri non debet.

Quod si per solem debitorem steterit quominus solutio in loco convento fieret, jam utilitas loci ex

parte actoris primario venit aestimanda, utilitas autem rei non nisi secundario, quatenus nempe ea non impeditur per utilitatem actoris; tunc enim habet reus quod sibi imputet quod moram fecerit solvendi in loco adjecto, ex qua mora actor forte magnum damnum passus est, sicque aequum est ut utilitas quam actor habuisset, si in loco convento solutionem accepisset, ei adjudicetur, nec ea impediatur per contrariam utilitatem rei. Quando autem utilitas loci aestimatur ex parte actoris, non tantum habetur ratio damni quod passus est, propterea quod loco convento non fuerit solutum, sed etiam lucri quod facere potuisset, si solutionem ibidem consecutus fuisset, quod jam facere non potuit propter non factam suo loco solutionem (*L.* 2 § 8 *ff. h. t.*).

§ XIII.

Caeterum hic maxime notandum, quod illud quod actor plus consequitur ultra summam promissam ratione utilitatis loci adjecti, nullo modo in obligatione sit, sed adjudicandum unice veniat officio judicis, ita ut reus ad illud interesse, seu ad illam utilitatem loci nullo modo teneatur antequam in eam condemnatus sit: sic v. g. si quis mihi 1000 Parisiis solvere promiserit, quamvis hic Lovanii arbitraria conventus possit condemnari in 1200 ratione utilitatis loci, qua actor privatur, antequam tamen condemnetur in 1200, nullo modo ad ea obligatus est, sed tantum ad 1000 quae promisit, ita ut reliqua 200 unice debeantur ex condemnatione judicis, cui condemnationi occasionem dedit mora a reo commissa; hinc sequitur quod si postquam elapsum est tempus, quo reus Parisios pervenire potuit, sicque postquam jus acquisivi agendi arbitraria in alio loco, et per eam consequendi quod mea interest non esse solutum Parisiis, si inquam postea reus mihi volenti 1000 solvat hic Lovanii, vel alibi, non potero amplius petere quod mea interest solutionem non esse factam Parisiis, licet, si arbitraria egissem, consecutus fuissem 200 ultra 1000 ratione interesse; etenim ante condemnationem judicis illa 200 nondum debebantur, sed sola 1000 in obligatione erant; sicque, dum debitor mihi 1000 solvit, tota obligatio fuit sublata, adeoque actio mea etiam sublata est; jam autem judex non potest officium suum applicare nisi in consequentiam actionis intentatae, et sic nullo modo amplius ad 200 ratione utilitatis loci agere possum.

Maximum igitur discrimen est inter id quod est in obligatione, et id quod officio judicis tantum adjudicandum venit; prius enim semper peti potest, non vero posterius, nisi quod judex adjudicare id possit in consequentiam intentatae actionis principalis: exemplum evidens est in usuris; nam si v. g. dederim 1000 mutua, et stipulatus sim 4 in 100 annue, licet receperim 1000 quae mutuo dederam, tamen adhuc possum agere ad usuras promissas eorum annorum, quibus sors apud mutuatarium fuit; nam illae usurae vere sunt in obligatione utpote ex stipulatione debitae: e contra si debeantur mihi 1000 ex contractu b. f., et debitor per multos annos moram fecerit, quamvis possit judex reum condemnare in usuras a tempore morae commissae, tamen, si semel sortem seu 1000 mihi debita accepero, non possum agere ad consequendas usuras ejus temporis, quo debitor moram fecit; illae enim usurae non sunt in obligatione, sed tantum veniunt adjudicandae officio judicis in consequentiam actionis principalis intentatae ad 1000; cum itaque actio principalis ad 1000, utpote soluta, amplius nequeat intentari, officium judicis cessat, nec amplius usuras consequi possum (*L.* 49 § 1 *ff. de act. empt.*).

§ XIV.

Huc spectat *L. ult. ff. h. t.*, cujus hic est casus: aliquis mihi promiserat 100 Capuae dare, et praeterierat tempus, quo Capuam pervenire potuit; ita ut jam potuerim cum ipso agere arbitraria alio loco, ibidemque consequi 120, propterea quod ad 20 mea interest Capuae 100 soluta non fuisse: cum arbitraria agere paratus essem, debitor fidejussorem dedit, qui se obligavit in 100 promissa, et in quod per arbitrariam reus principalis condemnaretur: postea sententiam mutavi, non egi arbitraria, sed 100 mihi promissa volens accepi alibi quam Capuae, vel, quod idem est, egi Capuae actione stricta ex contractu, et consecutus sum 100: ait J. C. me non posse amplius petere 20 ratione utilitatis loci nec a reo principali, nec ab ejus fidejussore: etenim, ut jam diximus, antequam condemnaretur debitor arbitraria ratione loci ad interesse, tantum tenebatur ad 100; 20 autem in quae condemnari potuisset ratione utilitatis loci, nondum debebat, cum non essent promissa et nihil in stipulationem veniat, nisi quod verbis stipulationis expressum est (*L.* 99 *pr. ff. de V. O.*); itaque illa 20 tantum erant adjudicanda officio judicis in consequentiam actionis arbitrariae intentandae ad 100; 100 ergo solutis, totum quod debebatur solutum est, adeoque debitor omnino liberatus est, et per consequentiam etiam fidejussor; actio enim ad 100, in cujus consequentiam judex ad 120 potuisset condemnare, sublata est; jam autem judex officium suum impertiri non potest, nisi in consequentiam actionis principalis intentatae. Sed an non posset dici quod debitor solvendo 100, solverit illa tam in sortem debitam quam in pecuniam, seu in interesse ratione loci, ita ut ex illis 100, 20 sint soluta ratione interesse loci, adeoque tantum 80 sint soluta in sortem promissam, quod, si dici possit, sequitur adhuc 20 peti posse, utpote tantum 80 solutis ex 100 debitis? Ast hoc Paulus negat in *d.*

L. ult. et sane; etenim debitor solvendo 100 voluit se liberare ab eo quod debebat; jam autem nondum debebat 20 ratione interesse, cum in ea nondum esset condemnatus, sic ejus mens non fuit ut aliquid ex illis 100 quae solvebat, cederet in summam illam 20 quam non debebat, sed ut totum cederet in id quod debebat, debebat autem 100 tantum, et sic tota 100 quae solvit, in id debitum sunt imputanda, et profecto, si is qui ex pluribus causis debet, solvat aliquid, nec dicat in quod debitum solvat, censetur solvere in causam duriorem, juxta *L.* 1, 3, 4 *et* 5 *pr. ff. de solut.*; a fortiori certe censetur solvere in id debitum quod hic et nunc debet, potius quam in id quod nondum debet, sed tantum ex post facto debiturus est, ut sunt illa 20 in quae condemnari potuisset, si arbitraria conventua fuisset; cui accedit ratio Pauli, *tanto magis quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur*, seu videtur remisisse interesse, quod consequi potuisset ratione utilitatis loci, quatenus nempe acceptando summam debitam praeclusit sibi viam consequendi hoc interesse; nam actionem suam extinxit, in cujus consequentiam hoc interesse, adjudicari poterat.

Ex his etiam sequitur quod in casu posito, si ex 100 quae mihi debebantur Capuae, 50 volens acceperim alibi, tantum possim agere arbitraria ratione aliorum 50, ita ut judex tantum possit aestimare utilitatem loci ratione 50, quae soluta non sunt, non vero ratione eorum, quae sunt soluta; cum enim ea volens acceperim, debitor quoad ea liberatus est, sicque pro iis amisi actionem, et consequenter non est amplius locus officio judicis, cum actio principalis ad illa 50 sublata sit (*L.* 8 *in fin. ff. h. t.*).

Obj. *L.* 2 § 7 *ff. h. t.*, ubi proponitur quod stipulatus essem *Ephesi* 100 *dari mihi aut Titio*: notum est quod dum quis stipulatur sibi aut Titio dari, ex hac stipulatione nullum jus aut actio acquiratur Titio, sed unice adjiciatur solutionis causa, hoc est quod debitor, si velit, possit ei solvere etiam invito creditore, et ei solvendo liberetur (§ 4 *inst. de inut. stip.*); poterat itaque in casu debitor Titio solvere Ephesi, et ei solvendo liberabatur; verum elapso tempore quo debitor Ephesum pervenire poterat, Titius illa 100 alibi acceperat. Dicit J.C. quod licet soluta sint 100 quae promissa erant, possit tamen creditor adhuc agere ad id quod sua interest non fuisse illa Ephesi soluta, sed alio loco; ex quo videtur sequi falsum esse quod diximus, quod non possim agere ad id quod mea interest, si alio loco volens solutionem accepero. Verum, est disparitas inter casum objectum et nostrum; nam in nostro casu ipse creditor solutionem acceperat in alio loco volens, per quam acceptationem remisisse videtur id quod consequi potuisset; sed in casu *L.* 2 § 7 supponitur quod solutio fuerit facta alteri quam creditori, nempe Titio qui solutionis causa adjectus erat. Titius autem non poterat solutionem acceptare eum hoc effectu, ut creditor amitteret jus agendi arbitraria, et consequendi suum interesse rationn loci, fuit enim creditori jus quaesitum agendi arbitraria, quod jus per alterum auferri nequit. Sed numquid debitor solvendo Titio liberatus fuit, etenim solvi invito creditore potest ei, qui solutionis causa adjectus est, et ei solvendo liberatur debitor; quod si liberatus esset, sublata est mea actio adversus debitorem, et sic judex non posset amplius eum condemnare in id quod mea interest? Sed putat Julianus in *d. L.* 2 § 7 eum non esse liberatum, nam quamvis solvere potuit reus ei, qui solutionis causa adjectus est, tamen haec potestas in casu non erat ei data simpliciter, seu ut omni loco solvere posset Titio, sed tantum ut id posset Ephesi, stipulatus enim eram mihi vel Titio Ephesi dare; si ergo alibi solvat Titio non liberabitur, quamvis, si mihi alibi solveret volenti, liberaretur; ego enim potui solutionem alibi accipere et jus meum remittere, licet invitus non cogar, ut ex Marcello subjicitur in *d. L.*; sed, cum ex dictis, liberatus non sit debitor Titio alibi quam Ephesi solvendo, an ego adhuc totam summam promissam, una cum eo quod mea interest Ephesi solutam non esse, consequar? Hoc quidem Marcellus putabat hoc argumento, quod si quis mihi domum aedificare Ephesi promisisset, isque alio loco aedificasset, possem adhuc agere ad totum quod mea interest Ephesi aedificatum non esse, ita ut ad illam aedificationem alibi factam nullo modo attenderetur, nec propter eam condemnatio minueretur. Sed ut recte Ulpianus reflectit, longe distat solutio 100 alibi quam in loco convento facta, a fabrica domus alibi facta: nam, dum is, qui facere domum certo loco mihi promiserat, alibi eam facit, illud factum nullam utilitatem ordinarie mihi adfert, et omnino aliud factum ponit quam quod promiserat; sic non mirum quod adhuc ad factum promissum agere potuissem, vel ad totum, quod mea interest factum suo loco non fuisse positum; verum summa aliqua, licet alio loco soluta, quam ubi dari debebat, aliquam tamen utilitatem creditori adfert, et ideo, licet in casu per solutionem Titio alibi quam in loco convento factam debitor non sit liberatus, et sic actio mea arbitraria adhuc salva sit, tamen si ea agam, non consequar 100, et praeterea adhuc interesse loci, sed tantum interesse solum consequar; ita ut pro 100 jam inde solutis possit debitor me repellere exceptione doli mali, quamvis stricto jure liberatus non fuerit.

§ XV.

Quid si quis mihi promiserit 100 Capuae dare; et pro ea promissione aliquis fidejusserit? Elapso tempore quo reus principalis, item fidejussor Capuam pervenire potuerunt, potero arbitraria age-

re alibi, tam contra fidejussorem, quam contra reum principalem, ita ut si reum principalem conveniam, aestimetur id quod mea vel principalis interest potius solvi Capuae, quam in loco in quo ago; si contra fidejussorem alibi agam, aestimetur id quod mea vel fidejussoris interest, potius Capuae solvi, quam ubi ago; sic fieri posset ut fidejussor quandoque in minus, quandoque etiam in plus condemnaretur, quam reus principalis, v.g. in casu posito, si reum conveniam Capuae, condemnabitur ibidem in 100; si fidejussorem alibi quam Capuae conveniam, condemnabitur ibidem forte in 120, si mea tanti intersit Capuae non solvi; sic etiam si reum conveniam Romae arbitraria actione, condemnabitur forte in 120, ubi fidejussor Ephesi forte conventus condemnabitur in 150; potest enim mea ad 20 interesse potius Capuae solvi quam Romae, et interesse ad 50 potius solvi Capuae quam Ephesi, nam pro varietate locorum etiam variant pretia rerum et mercium, item interesse (*L.* 3 *ff. h. t.*).

Nec obstat quod sic fidejussor videatur obligari in plus quam reus principalis, adeoque videatur in duriorem causam obligatus, quod tamen fieri nequit? Nam non ideo in duriorem causam acceptus dici potest; nempe illud plus, in quod fidejussor condemnatur ratione utilitatis loci, non debetur vi obligationis, ut ante vidimus, nec ante condemnationem judicis debebatur, sed tantum incipit ad illud teneri vi condemnationis judicis; ita quidem ut causa ex qua illud plus jam debet, non sit fidejussio ejus, sed tantum condemnatio judicis, cui condemnationi causam, seu potius occasionem praestitit mora a fidejussore commissa; et cum vi fidejussionis non nisi 100 ab eo peti possint, nullo modo potest dici in duriorem causam acceptus.

§ XVI.

Sed quid si, cum 100 Capuae promissa forent, reus principalis arbitraria in loco forte domicilii conventus, condemnatus fuerit in 120, an jam illa 120 a fidejussore peti possunt? Imprimis certum est quod illa 120 non potuissent peti a fidejussore actione arbitraria, nam per actionem arbitrariam nunquam ad summam determinatam agimus, sed tantum ad summam promissam, cum eo quod nostra interest eam suo loco non fuisse solutam, quod interesse officio judicis determinatur: si itaque fidejussorem arbitraria conveniam, agere debeo ad 100 et ad utilitatem loci adjecti: sic si in alio loco agam, quam in quo egi cum reo, consequar forte 130, forte 120, forte 110: si in eodem loco agam in quo eum reo egi, consequar verosimiliter eandem summam, quam est ea in quam reus ibidem condemnatus fuit seu 120. Sed numquid illa 120, in quae reus principalis actione arbitraria condemnatus est, petere potero a fidejussore actione stricta ex contractu, si forte in loco convento, seu Capuae eum reperiam? Negative; sed tantum potero agere ad 100 conventa, idque decidit J.C. *in L.* 8 *ff. h. t.* in verbis: *nec oportebit quo forte per reum steterit quominus tota 100 Capuae solverentur obligationem fidejussoris augeri.* Vult ergo Africanus non ideo fidejussorem in plus condemnari debere, propterea quod reus principalis, ex eo quod per eum steterit quominus 100 Capuae solveret, in 120 condemnatus sit. Ratio est quod fidejussor actione stricta ex contractu possit tantum conveniri et condemnari ad id in quod fidejussit: fidejussit autem in 100 tantum, etenim fidejussit in id quod reus principalis promisit, jam autem reus principalis tantum 100 promisit, verum quidem est quod reus principalis jam debeat 120, et quod fidejussor promiserit id quod reus principalis debet, sed notandum quod illa 20, in quae reus principalis ultra 100 promissa condemnatus est, non proveniant ex obligatione principali, seu illa 20 non debebat vi obligationis principalis, seu promissionis suae, cum ab initio tantum 100 promiserit, sed unice propter judicis condemnationem, cui condemnationi occasionem dedit mora ab eo commissa; jam autem fidejussor tantum se obligavit ad id quod debitor vi obligationis principalis debebat, pro ea enim obligatione tantum fidejussit, non vero pro eo, in quod forte postea reus teneretur, cum fidejussio, utpote per stipulationem inita, sit stricte interpretationis, ut nihil in eam veniat nisi quod verbis expressum est.

Obj. quod reus in illa 20 condemnatus sit ob moram suam, adeoque et fidejussor ad illa 20 teneri debeat, nam, ut habet *L* 88 *ff. de V. O.*, *mora rei fidejussori quoque nocet.* ℟. Quod ibidem dicitur sic intelligendum est, quod mora rei noceat fidejussori ad perpetuandam obligationem: sic v. g. si quis Stichum promiserit, et fidejussorem dederit, Stichus autem post moram rei principalis sit mortuus, per ejus mortem non liberatur reus principalis, nec etiam fidejussor (*L.* 58 § 1 *ff. de fidej.*), quamvis liberati fuissent, si ante moram Stichus mortuus fuisset, cum regula sit, debitorem liberari per interitum rei fortuito contingentem; hoc ergo sensu verum est dicere, moram rei principalis nocere fidejussori; at nullibi dicitur quod mora rei noceat fidejussori ad augendam obligationem ejus: jam autem si in nostro casu, reo ob moram suam in 120 condemnato, illa 120 a fidejussore peti possent, jam mora rei principalis noceret fidejussori ad augendam ejus obligationem. Ratio autem quare mora rei principalis nocet fidejussori ad perpetuandam obligationem ejus, non vero ad augendam, est, quod dum per moram rei perpetuatur obligatio fidejussoris, is nulla nova obligatione oneratur, sed tantum remanet obligatus ad id quod promisit, quod minime iniquum est; fuit enim acceptus in majorem creditoris securitatem, adeoque non est iniquum quod ejus obligatio du-

Digitized by Google

ret, quamdiu durat obligatio rei principalis; sed si mora rei augeret obligationem fidejussoris, jam fidejussor inciperet teneri ad aliquid quod nunquam promisit, quod foret iniquum.

Contra id quod diximus, a fidejussore non posse peti 120, in quae reus principalis condemnatus est, sed 100 tantum, videbatur obstare, quod si v. g. quis mihi promisisset 100 dare certo tempore, et si non dederit, promiserit 4 in 100 annue, donec sortem promissam seu 100 solveret, isque pro hac obligatione fidejussorem dederit, tali casu, si reus principalis non solvat suo tempore 100 promissa, post quinque annos teneatur ad 120, quae 120 non tantum ab eo, sed etiam a fidejussore ejus peti poterunt; ergo etiam in casu nostro videtur fidejussor ad 120 teneri, in quae reus principalis est condemnatus. Sed, ut reflectit J. C. in *d. L.* 8, est magna inter utrumque casum disparitas, nempe in casu objecto ab initio erant duae obligationes, una pura ad sortem seu ad 100, altera conditionalis ad usuras seu ad 4 in 100; erant enim usurae sub conditione promissae per stipulationem, si nempe sors non solveretur, quae conditio jam extitit; cum ergo ad usuras ab initio se obligasset debitor, et fidejussor pro tota obligatione fidejussisset, etiam illae usurae a fidejussore peti possunt, cum ad eas se etiam obligaverit. Sed in nostro casu ab initio erat tantum una obligatio ad 100, ita ut 20 in quae reus principalis condemnatus est, nunquam fuerint promissa, imo nec debita ante condemnationem; cum itaque fidejussor se obligaverit tantum ad id, ad quod reus principalis se obligaverat, nunquam ad ista 20 fidejussor se obligaverit, et consequenter ab eo peti nequeunt. Ut clarius videatur disparitas inter casum objectum et nostrum, addit J. C. id quod ante diximus, quod si in casu nostro creditor ex 100 Capuae promissis 50 alibi volens accipiat, non sit consecuturus utilitatem loci, nisi ratione 50 nondum solutorum, ubi in casu objecto, licet ex 100 promissis 50 acceptasset, nihilominus adhuc posset petere usuras jam inde cessas ratione totius sortis; signum evidens quod in nostro casu utilitas loci ab initio in obligatione non esset, sicut usurae in casu objecto.

Minime obstat *L. ult. ff. h. t.*, in qua J. C. insinuare videtur quod, nisi creditor acceptasset sortem promissam, reo arbitraria condemnato, summa in quam condemnatus fuisset peti etiam potuisset a fidejussore; nam ibidem fidejussor non obligaverat se simpliciter in id, quod reus principalis debebat, prout nos supponimus, et etiam supponit J. C. in *L.* 8, sed fuerat acceptus nomine arbitrariae actionis, seu obligaverat se in id in quod reus principalis per arbitrariam condemnaretur; sic non mirum quod si reus condemnetur arbitraria, summa in quam condemnatus fuit, ab eo etiam peti possit.

Obj. quod si quis debeat summam certam ex contractu b. f., isque fidejussorem dederit, reo in usuras propter moram suam condemnato, usurae illae in quas condemnatus fuit etiam peti possint a fidejussore (*L.* 54 *pr. ff. locat.*); atqui tamen usurae illae ab initio non erant in obligatione, sed tantum post condemnationem judicis incoeperunt esse debitae, ergo etiam, licet illa 20 in nostro casu in quae reus ratione utilitatis loci condemnatus est, ab initio in obligatione non essent, peti tamen a fidejussore possunt. ℟. Falsum est quod fidejussor, qui simpliciter intercessit pro debito ex contractu b. f. teneatur in usuras, in quas reus condemnatus est propter moram, etenim *L.* 54 non loquitur de casu, ubi quis simpliciter fidejussit; ait enim Paulus in illa lege: fidejussorem ad illas usuras teneri, *ei in omnem causam conductionis etiam fidejussor ee obligavit*, ex quo apparet quod aliter responsurus fuisset, si simpliciter fidejussisset; ideo autem ad usuras tenetur, dum in omnem causam se obligavit, quia tunc videtur fidejussisse in omne id, ad quod reus ex aequo et bono condemnaretur, ut ait Paulus in *d. L.* Sed numquid qui simpliciter fidejubet, intelligitur se obligare in omnem causam, prout dici videtur in *L.* 56 § 2 *ff. de fidej.*? Hoc certe admitti nequit; nec hoc in *d. L.* dicitur, est enim idem Paulus auctor *L.* 5 *locat.*; jam autem in hac lege evidenter constat Paulum distinxisse inter simplicem fidejussionem, et fidejussionem in omnem causam; si ergo in *L.* 56 illa duo confunderet, sibi ipsi contradiceret. Casus, qui in *L.* 56 § 2 proponitur, est hic: aliquis dabat nummos alienos mutuos, et a mutuatario fidejussorem accipiebat: mutuum ab initio nullum erat, cum dominium non esset translatum, et consequenter nec fidejussor tenebatur; postea mutuatarius istos nummos consumpserat bona fide, sicque mutuum, ab initio nullum, per consumptionem convaluerat, et mutuatarius teneri incoeperat: quaerebatur an fidejussor etiam inciperet teneri. Et dicit Paulus eum teneri hac ratione: *in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest*; itaque non simpliciter ait fidejussorem in omnem causam se obligasse, sed in omnem causam, quae nasci potest ex ea numeratione, ita ut per causam hic intelligat obligationem, prout hoc verbum in jure saepe sumitur, ut dum dicimus causam pignoris, venditionis etc. Unde sensus est fidejussorem acceptum videri in omnem obligationem, quae ex numeratione nasci posset.

Sed numquid etiam in nostro casu posset dici fidejussorem fidejussisse pro omni obligatione, quae ex promissione rei principalis nasci posset? Hoc verum putamus, sed inde nihil sequitur, etenim illa obligatio ad 20 non habet originem ex promissione rei principalis, sed unice ex condemnatione judicis.

Sed quid si fidejussor in nostro casu in omnem causam sese obligasset? Adhuc defendi posset cum

non teneri ad illa 20, in quae reus principalis est condemnatus; etenim per talem fidejussionem obligavit se quidem fidejussor ad omne id, in quod reus condemneri potest per actionem ex contractu, sed ad illa ao reus non est condemnatus per actionem ex contractu, sed per arbitrariam, quae, ut ante dictum, omnino distincta est ab actione ex contractu, et pro qua non fidejussit. Sic non obstabit *L.* 54 *pr locat.*, nam ibidem reus condemnatus fuerat ad usuras ratione actionis locati, seu actione ex contractu pro quo fidejussor se obligavit.

TITULUS V.

DE CONSTITUTA PECUNIA.

§ I. Quis dicatur constituere.
§ II. Utilitas constituti.
§ III. Requisita ad constitutum.
§ IV. Quomodo constituatur.
§ V. Quid si ex duabus rebus alternative debitis unam quis constituerit.
§ VI. Quid si quis constituat certam personam fidejussuram.
§ VII. Quid moribus.
§ VIII. Fit constitutum nudo pacto.
§ IX. Quinam constituere possunt.
§ X. Singu'aria notanda in constituto.
§ XI. An per constitutum tollatur pristina obligatio.

§ I.

Dicitur aliquis constituère, dum nudo pacto promittit se soluturum id, quod ipse vel alius debet: eum autem ex nudo pacto jure civili nulla daretur actio, praetor considerans hoc in pacto constitutae pecuniae iniquum esse, quatenus jam inde praeexistebat debitum quod constituitur, ex hoc pacto actionem dedit, *quoniam grave est fidem fallere*, ait J. C. in *L.* 1 *pr. ff. h. t.*: quae ratio potest quidem videri applicabilis omni pacto nudo, et sic debere efficere ut ex omni pacto nudo actio daretur; sed tamen non putevit praetor necesse esse ex aliis pactis nudis actionem dare, utpote quae saepe leviter et sine determinato animo se obligandi ineuntur, quae erat ratio quare de jure civili ex nudo pacto actio non daretur. Caeterum, cum actio de constituta pecunia tantum daretur olim casu, quo quis res fungibiles soluturum se constituisset, pro aliis vero rebus, quas quis constituerat, non daretur actio, nisi argentarius constituisset, quo casu dabatur actio receptitia; Justinianus in *L.* 2 *cod. h t.*, abrogata receptitia actione, actionem de constituta pecunia porrexit ad omnes omnino res, quas quis constituit, ita ut jam ratione pecuniae hic veniant omnes omnino res, prout hoc verbum sumitur in latissima sua significatione (*L.* 178 *pr. ff. de V. S.*), voluitque ut haec actio esset perpetua, licet jure veteri certis in casibus tantum per annum duraret.

§ II.

Sed quaenam utilitas obvenit creditori ex constituto, cum id quod antea jam inde debebatur, ei constituatur? Imprimis si alius quam debitor ei constituat evidens est utilitas, etenim jam creditor acquirit novum debitorem: imo, licet ipse debitor per se constituat, ea res magnam utilitatem creditori potest adferre, v. g. si constituatur quod naturaliter tantum debebatur, jam enim actio nascitur creditori: vel si debitor constituat se soluturum aliud, quam quod debebat: vel etiam si in diem debeat, et ante diem soluturum se constituat etc.

§ III.

Ut valeat constitutum, debet praeexistere aliquod debitum quod constituitur (*L.* 1 § 1 *et* 6 *ff. h. t.*). Hoc enim praetor exigit et ratio est evidens; omnis enim solutio praesupponit debitum existere; constituere autem nil alind est, quam promittere se soluturum. Requiritur vero et sufficit naturale debitum, ex aequitate enim, cui innititur naturale debitum, constitutum est introductum. Hinc quod civiliter tantum debetur, constitui nequit (*L.* 3 § 1 *ff. h. t.*); uam tale debitum proprie loquendo non est debitum: sic si 100, quae tibi debebam et quae non petiturum pactus eras, tibi constituam, non valet constitutum, caeterum ut valeat, necesse non est ut sit aliqua persona quae debeat, sed sufficit debitum esse; sic v. g. posset constitui debitum hereditarium, licet nullus adhuc adierit hereditatem (*L.* 11 *pr. ff. h. t.*). Nec tantum quod ipsi debemus constituere possumus, sed et quod alius debet, modo tamen sciamus nos debitum alienum constituere; nam si alterius debitum constituamus tamquam nostrum per errorem, non obligamur ex constituto (*L. ult. ff. h. t.*).

§ IV.

Quod pure debetur potest constitui in diem, vel sub conditione (*L.* 19 § 1 *ff. h. t.*); et viceversa quod sub conditione debetur pure constituitur, sed tunc constituens non antea obligatur quam conditio extiterit, eam antea non sit debitum quod constituatur (*d. L.* 19 *pr.*): suspenditur itaque constitutum licet sine conditione factum, ab eadem conditione sub qua ante debitum erat. Aliud in fidejussione obtinet; nam si quis pro debito conditionali pure fidejubeat, nulla est omnino fidejussio, ut neqnidem si conditio existat, sub qua debet reus principalis, fidejussor teneatur (*L.* 8 § 7 *in fin. ff. de fidej.*). Differentiae ratio desumenda est ex stricta fidejussionis natura, cui talis natura a legibus est data, ut nunquam in duriorem causam accipi possit fidejussor, quam reus principalis, et ut alias fidejussio sit nulla; constitutum autem aequitate totum ni-

titur, ita ut magis in eo inspiciatur quid voluerint contrahentes, quam quod verbis expresserint: is autem, qui pure in omnem eventum constituit, certe voluit se obligare in casum, quo conditio debiti exsisteret, cum in omnem casum se obligare voluerit; adeoque aequum est ut, existente conditione, teneatur.

§ V.

Quid si ex duabus rebus alternative debitis unam quis constituerit? Si suum debitum constituat, tenetur eam quem constituit dare, nec amplius variare potest; non enim simpliciter constituit, sed obligavit se ad illam rem quam elegit solvendam (*L.* 25 *pr. ff. h. t.*): quod si Titius v. g. Stichum aut Pamphilum debeat, ego Stichum constituam, valebit constitutum casu quo Pamphilus erit mortuus, alias enim non debetur Stichus determinate.

Potest etiam constitui aliud pro alio: sic v. g. si Titio debeantur 1000 sive a me, sive ab alio, et pro illis constituam me fundum soluturum, valet constitutum (*L.* 1 § 5 *ff. h. t.*): nec obstat quod fundus in casu non esset debitus, et quod non nisi debitum constitui possit, etenim cum possit aliud pro alio solvi volenti creditori, sicut solutio praesupponat debitum esse id quod solvitur, facile receptum est ut etiam aliud pro alio posset constitui; per constitutum enim hoc agitur ut creditori satisfiat, ideo autem aliud pro alio solvendo liberamur, quia, cum creditor consentiat, videtur hoc ipsum solvi quod debetur; eadem ergo ratione videri potest hic idem constitui quod debetur, contrarium iterum est in fidejussione propter strictam ejus naturam; nam si fidejubeam pro alia re, quam quae promissa est a debitore, nulla in totum est fidejussio (*L.* 8 § 8 *ff. de fidej.*).

Valet etiam constitutum si plus constituatur quam erat debitum, ita tamen ut tunc tantum valeat usque ad concurrentiam debiti: sic si 100 debens, constituam me 200 soluturum, valet constitutum in 100 (*L.* 11 § 1, *L.* 12 *ff. h. t.*), nec hoc tantum tunc verum est, dum ipse debitor constituit, sed etiam dum alius quam debitor: v. g. dum Titius 100 debet, si ego constituam 200 me soluturum, etiam tunc constitutum valet usque ad 100, quamvis multi distinguant inter hos duos casus et dicant posteriori casu ne in 100 quidem teneri constituentem. Nostrae sententiae non obstat quod *L.* 11 § 1 *et L.* 12 tantum loquantur de casu ubi ipse debitor constituit, nam ratio J. C. quare ad 100 teneatur, *quia ea pecunia debita est*, pertinet aeque ad casum, quo quis alienum debitum constituit, quam quo proprium; non obstat etiam quod si reus principalis 100 debeat, et fidejussor fidejubeat pro 200, fidejussio illa, juxta veriorem sententiam fundatam in *L.* 8 § 7 *ff. de fidej.*, in totum nulla sit, ut nequidem ad 100 fidejussor teneatur; nam, cum constitutum aequitate naturali nitatur, benignam recipit interpretationem, et adeo cum qui 200 constituit, a fortiori constituat 100, utpote quae insunt 200, saltem pro 100 valere debet; sed fidejussio actus solemnis est et strictae interpretationis, cui leges certam formam dederunt, contra quam si fiat, nullam esse voluerunt, adeo ut ne pro parte quidem valeret, sed semper vel in totum sit nulla, vel in totum subsistat; cum itaque, reo principali obligato in 100, fidejussor in 20 fidejubens contra formam juris, seu in duriorem causam accipiatur, in totum fidejussio nulla est, nec placuit hic benignam interpretationem adhibere ut in 100 valeret.

Obj. verba *L.* 8 § 7 *ff. de fidej.*, *illud commune est in universis qui pro aliis obligantur; quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari*: quae verba, utpote generalia, videntur etiam accipi debere de illis, qui constituunt id quod non ipsi, sed alii debent. R/. Ibidem loquitur J. C. de bis, *qui pro aliis obligantur*, jam autem diximus quod qui constituit solvere id quod alius debet, non se obliget pro alio, nec accedat obligationi alterius; sed ex constituto oriatur nova obligatio aeque principalis ac prima, unde est quod quis pro se ipso constituere possit, non vero fidejubere, cum fidejussio sit accessio obligationis principalis, et sic requirat personam distinctam a reo principali; et quamvis promittat constituens id quod alter debet, inde minime sequitur eum pro altero obligari, ac accedere obligationi alterius; nam etiam correus debendi promittit id, quod alter debet, et tamen nemo dixerit eum accedere obligationi alterius. Praeterea possunt illa verba *L.* 8 § 7 facile restringi ad solos fidejussores, ut J. C. tantum decidat illud commune esse in universis fidejussoribus; de illis enim tantum agitur in illa *L.*, et sane poterat de aliquibus fidejussoribus dubitari, an in totum nulla esset fidejussio, dum in duriorem causam sunt accepti v. g. in fidejussoribus tutorum vel curatorum; poterat enim videri eos saltem obligari usque ad concurrentiam ejus, quod tutor vel curator debet, licet in majorem summam fidejusserint, idque in favorem minorum vel pupillorum.

Valet etiam constitutum, si quis constituat se pignus daturum (*L.* 14 § 1 *ff h. t.*), quamvis antea debitor obligatus non esset pignus dare; hoc iterum ex aequitate admissum, eodem modo sicuti placuit aliud pro alio constitui; tendit enim etiam pignoris datio ad satisfactionem creditoris, ut si ei non solvatur, pignus distrahere possit.

§ VI.

Quid si quis constituat certam personam fidejussuram? Ait Ulp. in *L.* 14 § 2 *ff. h. t.* valere constitutum; videbatur tamen dicendum non obligari constituentem, nam notum est promissionem facti alieni non valere, et ideo si quis promittat alium daturum, facturumve, inutilis est ea promissio (§ 3

inst. de inut. stip.). Caeterum placuit hoc constitutum sic accipere, quasi constituens constituisset se curaturum et effecturum ut ille alter fidejubeat, quo modo si constituisset, certe alteri obligatus foret, nam tunc factum proprium promisisset (*d* § 3); qualis interpretatio facile adhiberi potuit, cum constitutum aequitate nitatur, et potius in eo attendatur quid actum sit, quam quod dictum. Aliud est, si quis per stipulationem promisisset alium fidejussurum, nam tunc stipulatio, utpote facti alieni, omnino foret inutilis; nec ea interpretatio adhiberetur, quasi promisisset se curaturum et effecturum ut alter fidejuberet; nam cum esset stricta admodum apud Romanos stipulationis natura, nihil in eam venire poterat, nisi quod verbis stipulationis expressum erat; jam autem verbis tantum expresserat alium fidejussurum, non vero se curaturum ut alter fidejuberet.

Dictis obstare videtur *L.* 5 § 4 *ff. h. t.*, ubi ex Pomponio Ulpianus ait non valere constitutum, si quis alium soluturum constituat: sic ait *sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur*; ast illa *L.* intelligenda est de casu, ubi constituens significaverat quod non vellet se obligare; dixerat v. g. alium soluturum, sed nolle se hoc in se capere, quo casu certe constitutum non valet; non enim tunc dari potest interpretatio, quasi se curaturum et effecturum promisisset ut alter solveret: quod autem de tali casu agatur, patet ex eo quod J. C. dicat *non se pro alio*, et alias certo illa lex contradiceret *L.* 14 § 2 *ff. h. t.*, quae est ejusdem Ulpiani, et in qua etiam sententia Pomponii refertur.

§ VII.

Moribus nostris, cum quaecumque promissiones favorabiliter interpretentur, generaliter dicendum videtur (argumento *L.* 14 § 2. *ff. h. t.*), omnem promissionem vel stipulationem, qua quis promittit alterum daturum vel facturum, ita accipi debere, quasi promiserit se curaturum vel effecturum ut alter det vel faciat, ut semper videatur promissio facti proprii, ut sic potius valeat, quam nulla sit promissio, cujus effectus hic erit, ut promittens teneatur ad interesse, si alter non det vel faciet (*Stockmans decis.* 104 *in fin.*).

§ VIII.

Fit autem constitutum nudo pacto, adeoque solo consensu, ita ut per nuncium, ac etiam per epistolam fieri possit (*L.* 14 § *ult*, *L.* 24 *ff. h. t.*). Sed quaeritur an si quis per stipulationem promiserit solvere suum vel alienum debitum, et stipulatio illa sit invalida, ex eo forte quod interrogatio non praecesserit, vel quod nimis longum intervallum intercesserit inter interrogationem et responsionem, vel ob aliam quamcumque rationem, an ille non sit obligatus ex constituto, tamquam si constituisset, seu an inutilis stipulatio non valeat saltem ad constitutum? Et dicendum videtur quod valeat tamquam constitutum; etenim, licet inutilis fuerit stipulatio, consensus tamen ab utraque parte adfuit: voluit enim se obligare promittens, stipulans autem acquirere obligationem; adeoque cum constitutum nudo pacto ineatur, pactum autem non sit aliud, quam duorum in idem placitum consensus, nil videtur obstare quominus hoc negotium valeat in vim constituti. Hinc facit *L.* 8 *pr. ff. de acceptil.*, in qua dicitur: quod si debitori meo acceptoferam id quod mihi debet, acceptilatio autem propter aliquem defectum sit inutilis, valeat tamen tamquam pactum de non petendo, nisi appareat me non voluisse liberare debitorem, v. g. si sciens acceptilationem non valere, eam fecissem; nam tunc nullus consensus ex parte mea esset, adeoque non esset pactum; si itaque acceptilatio inutilis, quae etiam per stipulationem fieri debet, contineat pactum de non petendo, videtur a pari dicendum stipulationem inutilem, qua promitto me soluturum debitum vel meum, vel alienum, valere ut pactum de constituta pecunia, nisi appareat de contraria voluntate; est enim eadem ratio. Nec ad rem facit quod aliqui pro disparitate adferunt id ita esse in acceptilatione, quia ibi agitur de liberando debitore, in nostro autem casu agitur de obligatione, adeoque esse diversam rationem, cum leges semper inclinent in liberationem potius quam in obligationem, nam illa disparitas nihil efficit; ratio enim, quare acceptilatio inutilis contineat pactum de non petendo, non est favor liberationis, ut argumentum supponit, sed est quia acceptilatio, licet inutilis, continet consensum creditoris de liberando debitore; et etiam adest consensus debitoris, quod ad pactum sufficit, eadem autem ratio militat in nostro casu, nam etiam ille, qui per stipulationem promisit, licet ea inutilis sit, consentit tamen in se obligando, et adest etiam consensus stipulantis, quod ad pactum sufficit; sic paritas semper manet. Dictis obj. *L.* 1 § 4 *ff. h. t.*, ubi sic dicitur: *eum qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de* constituto *experiri non posse, quoniam non animo* constituentis, *sed promittentis factum sit.* Sed ad illum textum respondetur, quod ibi tractetur de casu ubi obstat voluntas contrahentium quominus possent dici pactum de constituendo voluisse inire; ait enim J. C. stipulatorem noluisse sibi constitui, et promissorem non habuisse animum constituendi: sic v. g. si, cum Titius 100 deberet, ego ista 100 novandi animo per stipulationem promiserim, stipulatio autem ob aliquem defectum sit inutilis, hoc casu potest dici non valere ad pactum de constituta pecunia; cum enim novare voluerim, volui ut Titius per meam promissionem liberetur, ita ut non alias voluerim obligari ad illa 100, ni-

si Titius liberaretur, et sic cum Titius non fuerit per illam stipulationem inutilem novandi causa factam liberatus, non adest meus consensus, et sic non potest illa stipulatio inutilis valere ad constitutum.

Objici adhuc potest *L.* 1 § 2 *ff. de V. O.*, ubi dicitur: quod si quis interrogatus an dabit 100, nutu annuat sine verbis, non obligetur nequidem naturaliter; vult ergo J. C. quod inutilis stipulatio non contineat pactum, si enim pactum in casu contineret, foret naturaliter obligatus. ℞. Imprimis potest dici, in casu illius legis non fuisse consensum ex parte annuentis ad se obligandum; sic si quis sciens ad stipulationem verba requiri, ad interrogata non respondeat, sed simpliciter annuat, is non facile dici potest consensisse; praeterea potest dici etiam non esse consensum ex parte interrogantis, ut velit alterum ex pacto nudo sibi habere obligatum, vult enim eum jure obligatum habere, seu actionem contra ipsum acquirere, quod cum sciat fieri non posse pacto nudo, ejus in pactum nudum faciendum animus non adest, sed tantum in stipulationem: ast in nostro casu, cum ex constituto etiamsi per nudum pactum facto oriatur actio, is qui stipulatur sibi solvi quod alter debet, etiam in pactum consentit, sic licet stipulatio inutilis sit, valet tamen ad pactum de constituto, nisi appareat mens contraria alterutrius, ut in *L.* 1 § 4 *h. t.*

§ IX.

Constituere possunt omnes, qui se obligare possunt, etiam mulieres, modo non intercedant, seu modo non constituant alienum debitum, nam si intercesserint, non obligantur, sed tueri se possunt exceptione senatus-consulti Vellejani (*L.* 1 § 1 *et seqq. ff. h. t.*).

Potest autem constitui soli creditori, non vero alteri, nisi creditor consentiret ut alteri constituatur; nam sicuti, consentiente creditore, alii solvere possum, et solvendo liberor, sic etiam, eo volente, alii possum constituere, quo modo intelligenda est *L.* 5 § 2 *ff. h. t.*; alias sine consensu creditoris non possum constituere alteri, licet ille alter adjectus esset solutionis causa (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*).

Quod si constituam Titio me Maevio creditori soluturum, non valet constitutum; etenim Titio non obligabor, cum ei solutionem non promiserim; nec etiam Maevio ex illo constituto actio acquiretur, licet Titius foret procurator Maevii; alteri enim per alterum actio non acquiritur (*L.* 5 § 5 *et* 6 *ff. h. t.*); excipitur tamen casus ubi tutori, curatori, vel actori municipum constituerem me pupillo, minori, vel municipibus soluturum; singulariter enim hic receptum est, ut actio utilis ex hoc constituto detur pupillo, minori, vel municipibus (*d. L.* 5 § 7, 8 *et* 9 *ff. h. t.*).

§ X.

Is, cui constitutum est, actione de constituta pecunia agit contra constituentem, ut solvat id quod constituit: in qua actione hoc singulare est, quod si sine adjectione diei constitutum sit (quamvis tamen ordinarie dies solutionis in constituto adjiciatur), non possit actio haec intentari nisi post 10 dies (*L.* 21 § 1 *ff. h. t.*); licet aliae actiones, dum quis sine adjectione diei se obligavit, statim intentari possint. Est et aliud in hac actione speciale, quod nempe, si per creditorem steterit quominus acciperet solutionem sibi oblatam, non possit amplius postea hac actione agere: contrarium est in aliis omnibus actionibus; nunquam enim creditor actionem suam amittit, propterea quod moram fecit in accipienda pecunia sibi debita; sed in actione de constituta pecunia hoc ita est ex eo, quod praetor hanc actionem non simpliciter det, sed tantum sub conditione, si per actorem non stetérit, quominus fieret ne acciperet id quod constitutum est (*L.* 16 § 2 *et* 3, *L.* 17, *L.* 18 *ff. h. t.*); et certe cum praetor hanc actionem introduxerit contra communes juris regulas, idque ex sola aequitate, ratio erat eam non dandi ubi nulla aequitas id exigebat, quod fit dum creditor solutionem sibi oblatam sine causa recusavit.

§ XI.

Notandum est quod per constitutum non tollatur pristina obligatio, sicuti contingit per novationem, sed tantum nova superaddatur priori, utraque tamen unica solutione extinguitur (*L.* 28, *L.* 18 § *ult. ff. h. t.*); caeterum quandoque contingit ut, quamvis per constitutum non extinguatur ipso jure pristina obligatio, si tamen pristina actione creditor agat, potest vi pacti de constituta pecunia per exceptionem repelli; sic v. g. si, cum mihi 100 deberes, constitueris mihi pro illis vinum solvere, et postea petam 100, poteris vinum offerendo exceptione pacti me repellere, quamvis stricto jure ad 100 adhuc agere possim, cum per constitutum obligatio ad 100 non sit sublata. Praeterea notandum quod, licet non nisi quod debitum est constitui possit, tamen aliquando, licet debitum principale sublatum sit, obligatio tamen ex constituto perduret: sic v. g. si Titius tibi a viginti annis debeat 100, et ego illa 100 constituam tibi solvere, licet post decem annos praescriptum sit actioni tuae adversus Titium per praescriptionem 30 annorum, obligatio tamen mea ex constituto durabit, cum ei nondum sit praescriptum (*L.* 18 § 1 *ff. h. t.*), quod iterum in fidejussione est contrarium, nam reo principali per praescriptionem liberato, etiam fidejussor tamquam accessorie obligatus liberatur; ex quo iterum probatur quod ante diximus, constitutum non inducere

obligationem accessoriam, sed aeque principalem ac prior obligatio, licet hodie constitutum ab alio quam a debitore factum coincidat plerumque cum fidejussione, quatenus eadem vis hodie est pacti nudi, quae stipulationis, saepe tamen adhuc a fidejussione differt, ut videri potest apud Huberum *num.* 3 *h. t.*

TITULUS VI.

COMMODATI VEL CONTRA.

§ I. Commodatum definitur et secernitur ab aliis contractibus.
§ II Si precario rem tibi tradidero, et convenerit ut usque ad kalendas julias possideas, an ante elapsas kalendas julias rem avocare potero.
§ III. Quae res commodari possunt.
§ IV. Quis commodare potest et quibus.
§ V. De directa actione commodati.
§ VI. Quid si rem commodaverim, ut eam des creditori tuo pignori, quandonam eam repetere potero.
§ VII. Quid si res commodata perierit vel deterior facta sit.
§ VIII. Quid si res commodata furto ablata sit.
§ IX. Quid si servus commodatus aufugerit.
§ X. Quid si incendium in domo commodatarii ortum sit, et commodatarius tantum habuerit tempus res suas salvandi, et ita res commodata perierit.
§ XI. Quomodo res pluribus commodata restituenda est.
§ XII. Quid si apud plures res sit deposita.
§ XIII. De actione contraria commodati.

§ I.

Definitur commodatum: contractus bonae fidei re constans, in quo res alteri gratis utenda traditur ad certum usum vel tempus, ut finito illo usu vel tempore, res in specie restituatur: convenit cum mutuo in eo quod uterque contractus re constet, seu quod neuter perfectus sit antequam res sit tradita, item quod in utroque res detur ad usum, sed eum usus rerum quae mutuo dantur in consumptione consistat, in eo differunt quod in mutuo dominium transferatur, non vero in commodato, in quo ne possessio quidem transfertur, sed solus usus; item quod tantum res fungibiles mutuo dentur, commodentur non fungibiles, quod mutuatarius totidem teneatur reddere, commodatarius eandem rem, et quod periculum rei mutuo datae ad mutuatarium, utpote dominum, spectet, rei commodatae ad commodantem.

Congruit commodatum cum precario, quod in utroque usus rei transferatur, eum hoc tamen discrimine, quod in commodato determinetur certus usus vel certum tempus, non vero in precario; ex quo sequitur, quod res precario data omni momento possit repeti, commodatum autem repeti nequeat ante usum vel tempus finitum: praeterea precarium non numeratur inter contractus, nec ex eo oritur actio civilis, quamvis tamen praetor ex eo interdictum concedat (*L.* 14 *ff. de prec.*).

§ II.

Quid ergo si precario rem tibi tradidero, et convenerit ut usque ad certum tempus, v. g. in kalendas julias precario possideres, an erit precarium, et an, non obstante hoc pacto, ante id tempus rem avocare potero? Ratio dubitandi est, quod pacta adjecta contra substantiam negotii reddant negotium nullum, vel faciant illud transire in aliud negotium, jam autem de substantia precarii est, ut non detur ad certum tempus vel usum; sed, eo non obstante, dicendum est manere precarium. Etenim illa verba adjecta, *ut in kalendas julias precario possideas*, vel possunt significare ut ante illud tempus non possit res avocari, vel possunt ita accipi, ut non excludant revocationem ante hoc tempus; sed ut significent, quod ad summum usque ad kalendas precario habiturus sis, nisi tamen ante kalendas revocaverim. Si autem in posteriori significatione illa verba sumantur, non continent pactum quod repugnet substantiae precarii, quae est, ut omni momento avocari res possit; debent autem in posteriori significatione accipi, voluerunt enim precarium inire, et is qui precario dedit, dixit ut alter in kalendas julias precario possideat; non possideret autem precario, si avocari res ab eo non posset ante illud tempus; itaque ejus conventionis vis erit, ut statim post kalendas finiatur precarium, licet is qui dedit non revocet, debeatque statim res restitui, non autem ut antea avocari res non possit; hocque decidit J. C. in *L.* 12 *pr. ff. de prec.* ubi, postquam illum casum sibi proposuerat, ait *non esse hanc vim hujus conventionis ut rem alienam, domino invito, possidere liceat.*

§ III.

Possunt commodari omnes res, quae in commercio sunt, sive mobiles, sive immobiles, quamvis de immobilibus dubitatum olim fuisse constet ex *L.* 1 § 1 *ff. h. t.* Quid de rebus fungibilibus? Illae commodari nequeunt; nam, cum in commodato detur usus, et illis rebus uti non possimus, nisi consumamus, non posset eadem res restitui, quod tamen in commodato requiritur. Excipitur tamen casus, ubi res illa ad pompam vel ostentationem commodarentur (*L.* 3 § *ult.*, *L.* 4 *ff. h. t.*). Ex eo, quod in commodato non transferatur dominium, sequitur commodari etiam posse res alienas, ita ut actio commodati utrimque nascatur (*L.* 15, *et* 16 *ff. h. t.*). Poteritque per commodati actionem commodans eam rem repetere, qui enim illa actione agit non se fundat in dominio, sed in eo quod alteri commodaverit, unde non audietur commodatarius, si excipiat commodantem non fuisse dominum; imo licet fur commodasset, adhuc commodatarius non posset denegare restitutionem furi petenti, fides enim data furi servanda est: exceptio

tamen est, nisi dominus una cum fure concurreret, nam tunc domino potius, quam furi eam reddere teneretur, juxta *L.* 30 § 1 *ff. dep.*; quae lex, quamvis de fure deponente loquatur, cujus tamen decisio ad casum commodati etiam recte extenditur, ut patet ex rationibus, quas ibidem J. C. allegat.

§ IV.

Quod attinet personas quae commodare possunt, vel quibus commodari potest, illae sunt omnes, quae se obligare possunt; unde pupillus commodare non potest, nec ei commodari sine tutoris auctoritate (*L.* 1 § 2 *ff. h. t.*), in tantum ut si ei commodatum sit, et postea pubes factus, dolum aut culpam in re commodata admiserit, non teneatur actione commodati; licet enim pubes factus, si curatorem non habeat, se obligare possit, tamen commodatum ab initio nullum non convalescit per ejus pubertatem, nisi de novo contraheret: non impune tamen dolum vel culpam pubes factus committet, nam vel actione de dolo, vel legis Aquiliae, vel alia simili tenebitur.

§ V.

Ex commodato duplex oritur actio, directa et contraria: directa datur commodanti contra commodatarium, ut finito usu vel tempore, res in specie restituatur, item ad ea quae rei commodatae accedunt, ut v. g. ad partum ancillae commodatae, quae forte apud te peperit, vel si equam tibi commodavero, quam sequetur pullus, nam et partum et pullum a te repetam actione commodati; quamvis enim haec commodata non sint, bona fides tamen exigit ut restituantur (*L.* 5 § 9 *ff. h. t.*, *L.* 14 § 15 *ff. de furt.*). Item datur actio directa, ut commodatarius resarciat damnum dolo vel culpa levissima datum.

Caeterum non potest commodans agere actione directa, ut res sibi restituatur, nisi usus vel tempus commodato adjectum finitum sit; erat enim commodanti liberum ab initio commodare vel non commodare, ubi tamen commodavit, id quod ab initio voluntatis erat, jam est factum necessitatis; quippe obligavit se ut illam rem relinqueret apud commodatarium usque ad usum vel tempus finitum; a qua obligatione resilire non potest, invito commodatario (*L.* 17 § 3 *ff. h. t.*). Unde sequitur commodantem nequidem posse repetere commodatum, licet maxime re commodata indigeret.

Ad rem non facit quod, si commodans praevidisset casum quo re sua indigeret, non commodasset; etenim non quaeritur quid facturus fuisset, si istum casum praevidisset, sed quid fecerit; jam autem pure et simpliciter commodavit, adeoque sibi imputet quod illum casum non exceperit, et statim sane ac dicet se non fuisse commodaturum, si illum casum praevidisset, eo ipso fatebitur quod pure et simpliciter commodaverit: sic, si quis fundum v. g. alteri donasset, certe non posset illum fundum repetere, licet eo jam maxime indigeret, forte quod ad inopiam esset redactus; eadem autem ratio, quae facit ut donationem revocare nequeat, facit etiam ut commodans in casu non possit commodatum repetere. Sed dicet forte aliquis, donatio ob supernascentiam liberorum revocari potest? Ast imprimis de jure romano id non obtinebat, nisi in patrono qui liberto donaverat (*L.* 8 *cod. de revoc. donat.*); et hoc erat specialiter receptum contra communes juris regulas, et quamvis hoc moribus nostris ex falso intellectu *d. L.* 8 ad omnes donatores extensum sit, non tamen ad alios casus extendi potest, cum hoc contra omnia principia sit inductum.

Etiam ad rem non facit, quod officium suum nemini debeat esse damnosum, quod tamen videtur contingere, dum commodans ipse re sua indiget; nam hoc axioma eatenus tantum locum habet, nisi qui beneficium concedit, voluerit ut sibi esset damnosum; jam autem, cum commodans pure et simpliciter commodaverit sine ulla limitatione, vi obligationis susceptae consensit ut beneficium, quod praestabat, sibi foret damnosum.

Obj. *L.* 3 *cod. de locat. cond.*, ubi dicitur quod, si quis aedes locaverit, possit expellere conductorem ante tempus conductionis finitum, si probet se indigere sua domo. R/. Illa lex hoc statuit in locatione aedium contra omnes juris regulas, unde non est extendendum ad alios casus, imo nec ad locationes aliarum rerum; propter specialem enim rationem hoc in locatione aedium statutum est, puta quod fieri possit ut locator subito aedibus locatis indigeat, forte quod aedes in quibus ipse habitabat combustae sint, nec alias aedes possit reperire ubi habitet; unde illa lex ad casum urgentis necessitatis est restringenda, et ita stricte accipi debet. Sed numquid saltem in aedibus commodatis dicendum est, eas repeti posse ante tempus finitum, si iis commodans indigeat, argumento hujus *L.* 3? Negative; nam, ut diximus, ista lex, utpote lata contra omnes juris regulas, non potest extendi ad alium casum, quam de quo loquitur, praesertim cum sit dispar ratio inter aedes commodatas et locatas; nam, dum expellitur conductor ex aedibus, liberatur a pensione praestanda, et sic nihil amittit, nisi forte eatenus, quatenus valor usus excedit pensionem annuam; sed commodatarius totum rei usum amitteret, et vicissim nihil retineret, aut acciperet pro eo.

§ VI.

Quid si rem meam tibi commodaverim, ut creditori tuo eam pignori dares, quandonam possum agere ad repetendam eam? Videri poterat non es-

Digitized by Google

se commodatum in casu, cum in commodato usus transferatur, hic autem commodatarius usum non habeat; sed cum pignus aequo respiciat utilitatem debitoris, quam creditoris, aliquis equidem usus seu utilitas ad commodatarium in casu transit, quod visum est sufficere ad commodatum; habebo itaque actionem commodati contra te ad repetendam rem, elapso tempore, intra quod determinavi te debere pignus luere: quod si nullum tempus adjecerim, potero agere tecum, si in mora sis luendi pignoris; quod si nullam moram nec culpam admiseris, v. g. si pecuniam obtuleris creditori, isque noluerit accipere, vel si jam inde solveris, et his noluerit pignus restituere, satisfacies cedendo mihi actionem pignoratitiam, quam contra creditorem tuum habes ad recuperandum pignus, tuncque actionem hanc intentabo contra creditorem sumptibus tuis, non autem te eo nomine convenire potero, cum in culpa non sis, et quando tibi commodavi ut pignori dares, praevidere debuissem fieri posse ut creditor nollet reddere pignus (*L.* 5 § 12 *ff. h. t.*). Notandum hic quod, dum commodatarius convenitur actione commodati, non possit recusare solutionem rei praetextu debiti, seu ex eo quod commodans ipsi aliquid deberet (*L. ult. cod. h. t.*); nisi tamen impensas necessarias in ro commodata fecisset, nam tunc, non obstante hac *L. ult.*, verius videtur quod rem retinere possit, donec illae impensae ei refundantur (*L.* 59 *ff de furt.*).

§ VII.

Quid si res commodata perierit vel deterior facta fuerit? Imprimis, si hoc contigerit casu fortuito, sine dolo vel culpa commodatarii, non tenetur commodatarius; casus enim fortuitus a nomine praestatur, sed nocet ei in cujus rebus contingit, seu in casu commodanti (*L.* 5 § 4 *ff. h. t.*). Excipitur tamen casus, ubi culpa commodatarii praecessit, et occasionem dedit damno casu fortuito, ut v. g. si equum tibi commodavero, ut in villa tua eo utereris, tu ad bellum duxeris, et ibi perierit (*L.* 5 § 7 *ff. h. t.*, *L.* 1 § 4 *ff. de oblig. et act.*); item, ubi casum fortuitum commodatarius in se recepit; vel etiam si promiserit, se rem aut aestimationem rei redditurum, nam tunc est debitor alternativus rei vel aestimationis, et consequenter interitu rei non liberatur (*L.* 5 § 3 *ff. h. t.*). Quod si damnum datum sit dolo vel culpa qualicumque commodatarii, semper de eo tenetur, nam et levissimam culpam praestare debet; est enim regula in omnibus contractibus, in quibus versatur utilitas solius accipientis, accipientem de culpa etiam levissima teneri (*L.* 5 § 2 *ff. h. t.*): sane si commodatum fieret in favorem utriusque, v. g. si tibi communem amicum nostrum ad coenam invitaturo mobilia mea argentea commodavero, de culpa tantum levi commodatarius teneretur (*L.* 18 *pr. ff. h. t.*); imo si ponas casum, ubi commodatum fieret in gratiam solius commodantis, ut est exemplum in *L.* 5 § 10 *ff. h. t.*, de culpa lata tantum commodatarius tenebitur.

§ VIII.

Quod si res commodata furto ablata sit, cum furtum non fiat sine culpa, saltem levissima commodatarii, is tenebitur; hocque colligi potest ex eo quod leges, quae dicunt commodatarium de casu fortuito non teneri, casui fortuito annumerent quidem vim latronum, seu violentam ablationem, sed non simplex furtum (*L.* 5 § 4, *L.* 18 *pr. ff. h. t.*).

§ IX.

Quid si servus commodatus aufugerit? Certo si commodans monuerit commodatarium, esse servum fugae deditum, aut vinctum tradiderit, tenebitur commodatarius (*L.* 5 § 6 *ff. h. t.*): quod si simpliciter commodatus fuisset, nec ullius negligentiae argui possit commodatarius, non tenetur, non enim mens commodantis fuit, ut semper includi ac vinculis detineri servus deberet, cum sic nullum usum ex eo haberet commodatarius, quem tamen commodans eum habere voluit. Alia exempla, in quibus dubitari potest an res perierit culpa commodatarii, vel non, vide in *L.* 5 § 13 *et* 14, *L.* 10 § 1, *L.* 11, 12, 19, 21 § 1, *L.* 23 *ff. h. t.*

§ X.

Quid si incendium in domo commodatarii ortum sit, et commodatarius non possit utrasque res, et suas et commodatas salvare; suas autem eripuerit, et ita res commodatae incendio perierint? Ait J. C. *in L.* 5 § 4 *ff. h. t. teneri commodatarium*; postquam enim dixerat commodatarium de casu fortuito v. g. incendio non teneri, sic pergit, *nisi forte cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit*. Ratio est quod commodatarius teneatur quotiescumque culpa ejus effectum est ne restituere possit; jam autem in casu commodatarius in culpa fuit, culpa enim est minorem rebus alienis diligentiam adhibere, quam suis; unde non est distinguendum an res proprias, quas commodatarius flammis eripuit, sint pretiosiores quam res commodatae; non enim distinguit J. C., et utroque casu adhibet minorem diligentiam rebus alienis, quam suis, sic utroque casu est in culpa. Nec ad rem facit quod dici solet charitatem bene ordinatam incipere a seipso, adeoque nullam culpam admisisse commodatarium suas res praeferendo; nam hoc axioma non potest applicari, quando quis in se suscepit obligationem conservandi res alienas, et diligentiam eis custodiendis adhibendi, tunc enim se obligavit, ut non minorem curam adhiberet rebus alienis, quam suis.

Digitized by Google

Objici potest quod commodatarius teneatur quidem exactissimam diligentiam adhibere, qualem nempe adhibere solet diligentissimus paterfamilias; adeoque quod in casu diligentissimus paterfamilias extraxisset primo res suas, si illae sint pretiosiores, quam res commodatae. R. Verum, dum dicitur commodatarium praestare debere diligentiam, quam diligentissimus adhiberet, hoc est intelligendum, quod eam adhibere debeat circa rem commodatam, non vero quasi relatio haberi deberet inter rem commodatam et alias res: jam autem in casu circa rem commodatam non adhibet eam diligentiam, licet respectivo seu relatione habita ad res ejus proprias, quae pretiosiores sunt, egerit id quod diligentissimus egisset: caeterum fatemur commodatarium prudentor egisse, si salvaverit res suas, quae longe pretiosiores erant quam commodatae, quia nempe res illas pretiosas amisisset, ubi jam tantum tenebitur ad aestimationem rerum commodatarum, quae longe viliores esse supponuntur, aod quod prudenter egerit relative ad res suas, hoc non excusat ipsum a culpa circa res commodatas.

Obj. *L. 14 pr. ff. de praescr. verb*, ubi dicitur: quod si quis alienas merces in mare projecerit, servandarum mercium suarum causa, is nulla actione teneatur, si modo suas res aliter servare non potuerit. R. In illa lege supponitur dejectio facta ab eo, qui nullo modo ad custodiam illarum rerum tenebatur, quique nullo modo obligatus erat domino illarum mercium, sicut in casu nostro commodatarius obligatus est ad omnem culpam praestandam, forte illa dejectio in *L. 14* facta erat ab uno ex pluribus, qui navem conduxerant ad merces suas vehendas, quorum unus nullo modo aliis conductoribus obligatus erat; nam si ipse magister navis merces alicujus ex conductoribus projecisset, ut suas vel aliorum conductorum merces salvaret, is sine dubio actione locati teneretur (*L. 2 pr. ff. de leg. Rhod.*).

Quid si commodatarius res commodatas salvasset, et suas reliquisset, quae incendio periissent, an non poterit a commodante repetere aestimationem rerum suarum? Ratio dubitandi est, quod possit repetere impensas necessarias et extraordinarias; jam autem, sicuti si impensae extraordinariae factae non fuissent, res commodata periisset, ita etiam si res proprias commodatarius in casu non reliquisset, res commodatae periissent; ast illo rerum propriarum neglectus nullo modo considerari potest tamquam impensa necessaria; impensa enim necessaria est, quae ex natura sua est destinata ad tuendam rem, eamque ab interitu salvandam, quod non potest dici de neglectu rerum propriarum, nec iste neglectus ullo modo potest dici causa salvationis rerum commodatarum, sed ad summum occasio vel conditio, sine qua salvatae non fuissent.

§ XI.

Nunc videamus de casu, ubi pluribus simul eadem res commodata est, quomodo nempe quisque ex illis teneatur, an pro parte, an in solidum; et quidem re naturaliter individua commodata, prout semper fere sunt res commodatae, quisque commodatarius in solidum tenetur, potestque conveniri ad totius rei restitutionem (*L. 5 § ult. ff. h. t.*); ubi proponit J. C. casum, in vehiculo pluribus commodato vel locato, antequam autem decidat utrum pro parte quisque, an in solidum teneatur, ait, impossibile quidem esse ut dominium ejusdem rei sit apud plures in solidum; ex ea nempe ratione quod dominium consistat in pleno jure de re disponendi pro libitu, quod jus, si apud plures in solidum esset; se mutuo in eo impedirent, adeoque neuter hoc jus seu dominium haberet; quamvis nihil implicet quominus plures sint domini ejusdem rei, quisque per partes pro indiviso; sic etiam, ait, possessionem ejusdem rei apud plures in solidum esse non posse; qui enim possessionem alicujus rei v. g. fundi habet, videtur stare in singula parte fundi, eamque occupare; implicat autem ut in quo loco ego sto, alter etiam stet, sicque non potest videri aut fingi alter occupare locum, quem ego occupo (*L. 3 § 5 ff. de acq. vel amitt. poss.*). Caeterum, pergit, quamvis plures nequeant habere dominium vel possessionem ejusdem rei in solidum, nihil tamen implicat quominus usus ejusdem rei apud plures in solidum sit, ut si pluribus balnei, vel porticus, vel campi usum cedam, usus enim unius in illa re non impediet usum alterius; nec efficiet quominus alter tota re utatur, sed quamvis hoc ita sit in balneo, aut porticu, aliave simili re, in vehiculo tamen commodato plures in solidum non possunt habere usum; nam usus unius in illa re impedit ordinarie usum alterius, et consequenter, quamvis commodans utrique commodatario usum vehiculi in solidum concedat, in effectu tamen quisque pro parte tantum usum habet, propter concursum alterius; ex eo jam quod quia que commodatarius usum vehiculi tantum pro parte habeat, videbatur dicendum quod quisque pro parte tantum teneretur; sed, hac ratione non obstante, decidit J. C. in solidum quemque teneri, his verbis, ***sed esse verius, ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam, in totum praestare debere***; ex quo sequitur quod quisque in solidum etiam conveniri possit ad vehiculum restituendum; item quod si unus dolo aut culpa damnum dederit, ac effecerit quominus restituere possit, is ad solidam aestimationem condemnari debeat; dicit enim J. C. quod quisque in solidum ad custodiam teneatur; jam autem obligatio ad custodiam praesupponit obligationem restituendi; nemo enim ad custodiam tenetur, nisi qui rem in specie restituere debet; cui accedit quod J. C. addat

quare duo quodammodo rei habebuntur; jam vero notum est quemcumque duorum correorum in solidum teneri. Ratio autem, quare in solidum ad custodiam teneatur, est, quia obligatio ad custodiam est individua, seu quia custodia non potest adhiberi, nisi circa totam rem; nam imprimis non potest adhiberi circa partem rei pro diviso, cum pars pro diviso non sit amplius pars rei, sed novum totum a re integra prorsus distinctum, nec etiam potest custodiri pars pro indiviso, nam custodia, utpote in facto consistens, requirit subjectum corporale, cui id factum applicetur, pars autem pro indiviso non est res corporalis, sed in intellectu tantum consistit: idem autem omnino est de restitutione, cum et haec consistat in facto: ad rem non facit quod quis dominium alicujus rei pro parte habere et acquirere possit, ex quo inferunt quod etiam res pro parte possit restitui; est enim magna differentia, nam dominium in jure, non in facto consistit; quod jus in re incorporali, qualis est pars pro indiviso, potest consistere, at restitutio tota in facto consistit, quae consequenter exerceri nequit, nisi circa rem corporalem.

Sed numquid etiam possessio est facti, et tamen certum est, quod quis possit pro parte possessionem acquirere? Sed notandum quod possessio non tantum in facto, sed in jure etiam consistat, et sane quatenus possessio facti est, non potest illa transferri in parte pro indiviso; sic, si velim tibi tradere rem aliquam, ita ut pro parte tantum possessionem ejus acquiras, debebo tibi tradere totam rem, eodem modo ac si vellem in te transferre possessionem totius rei, ita ut utroque casu idem factum traditionis sit adhibendum, nec tamen ideo possessionem totius rei acquires, quamvis traditionem in tota re applicem, nam possessio non solum corpore acquiritur, sed animo etiam opus est Quamvis igitur tradam tibi totam rem, cum tamen habeas animum acquirendi possessionem pro parte, etiam pro parte tantum eam acquires.

Quid de obligatione tradendi, an est dividua, vel individua? Si traditio consideretur ut in facto consistens, seu si consideres ipsum factum traditionis tantum, traditio est individua; non enim factum hoc potest applicari in re corporali, seu in parte pro indiviso, sed in tota re, et hoc sensu obligatio tradendi aliquando refertur inter obligationes faciendi, ut in *L.* 72 *ff. de V. O.* Sed si consideres traditionem, prout per eam transfertur aliquod jus v. g. dominium, eo sensu est dividua; possum enim in te per traditionem transferre dominium partis rei pro indiviso, quamvis ad hoc debeam factum traditionis applicare toti rei: jam autem traditio seu restitutio, ad quam commodatarius tenetur, in nudo tantum facto consistit, non enim hic agitur ut aliquod jus per eam in commodantem transferatur; obligatio ergo restituendi, ad quam tenetur commodatarius, est omnino individua.

Verum itaque manet, quemcumque ex commodatariis, quibus eadem res simul commodata est, posse in solidum conveniri, et eum qui conventus est, si non restituat, et dolo vel culpa ejus sit factum quominus restituere possit, condemnandum esse in solidam aestimationem; quamvis enim aestimatio per se sit dividua, eum tamen in locum rei individuae succedat, et ea jam individua est.

Ad rem non facit quod, juxta J. C. in *L.* 5 § *ult ff.h.t.*, quisque commodatariorum usum vehiculi tantum habeat pro parte, nam ex eo nullo modo sequitur quod quisque tantum pro parte teneatur, quod enim quisque tantum pro parte usum habeat, hoc non venit ex voluntate commodantis; nam is utrique totum usum concessit, sed hoc tantum fit propter concursum alterius, ita ut si unus non concurreret, alter haberet usum in solidum: praeterea semper ex ea ratione in solidum teneri debent, quod custodia et restitutio sit individua. An ergo illi duo commodatarii, quibus eadem res simul commodata est, erunt correi debendi? R/. negative; et ideo J. C. in *L.* 5 § *ult.* tantum dicit quod sint *quodammodo correi*, ad ostendendum quod veri correi non sint; et profecto, licet plures in solidum sint obligati ad idem, non tamen propterea sunt correi, sed ulterius requiritur ut hoc actum sit, ut sint correi. Differunt autem correi ab aliis, qui in solidum quidem tenentur, in eo quod factum unius correi alteri quoque correo noceat (*L.* 18 *ff. de duob. reis*): sic quamvis regula sit debitorem liberari per interitum rei debitae fortuito contingentem, uno tamen correorum occidente rem debitam, licet hoc factum sit mere fortuitum respectu alterius correi, non liberatur alter; sed commodatarii ejusdem rei, quamvis in solidum quisque obligetur, non tamen unus qui culpa vacat, de facto alterius tenetur (*L.* 1 § 43 *ff. dep.*), ubi dicitur quod si unus eorum, apud quos eadem res deposita erat, dolum fecerit, alter non, posterior non teneatur, ita et depositarii, ut statim videbimus; sic etiam unus tutorum, quamvis in solidum teneatur, de facto tamen alterius non tenetur, si modo ipse culpa vacet (*L.* 14 *ff. de adm. et per. tut.*). Quare autem potius unus duorum correorum de facto alterius teneatur, quam unus eorum qui simpliciter in solidum tenentur, hoc provenit ex natura, quam Romani obligationi duorum correorum dederunt, cui naturae multa positiva admiscuerunt; deinde, cum correi non efficiantur, nisi expresse actum sit ut sint correi, hoc agendo, quodammodo pro una persona voluerunt haberi respective nempe ad rem debitam. Sed alii, ut commodatarii, qui simpliciter in solidum sunt obligati, non ita possunt haberi pro una persona, quodque in solidum teneantur, non tam provenit ex consensu ipsorum, quam ex natura obligationis individuae qua tenentur; sane si unus commodatariorum furto auferret rem commodatam, alter de eo

teneretur, cum hoc furtum non sit factum sine culpa saltem levissima alterius.

§ XII.

Huberus quamvis admittat duos commodatarios teneri in solidum, putat tamen contrarium esse in duobus depositariis, apud quos eadem res deposita est, ut nempe pro parte tantum teneantur, nisi expresse conventum sit ut in solidum quisque teneatur: disparitatem inter eos allegat, quod quisque commodatarius habeat usum rei in solidum, depositarius vero nullum usum habeat ex re deposita; sed, ut vidimus ex *L.* 5 § *ult. h. t.*, falsum est quod quisque commodatariorum habeat usum in solidum; nam pro parte tantum habet, et tamen decidit J. C. quemque in solidum teneri. Praeterea ratio, quare commodatarii in solidum teneantur, est, quia custodia et restitutio est individua; jam autem depositarius etiam ad custodiam et restitutionem tenetur, et consequenter etiam, si apud plures depositum sit, quisque eorum ob eandem rationem in solidum teneri debet.

Fundat se Huberus *in L.* 9 *pr. ff. de duob. reis*, ubi sic dicitur: *eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus; vel eandem rem duobus similiter commodavi; fiunt duo rei promittendi;* ergo, ait Huberus, non semper quisque depositariorum in solidum tenetur, sed tunc tantum, si deponens utriusque fidem in solidum secutus sit, seu tunc tantum, quando est conventum ut in solidum teneantur. Sed ex illa lege minime sequitur quod requiratur conventio ut in solidum teneantur; nam tunc sequeretur etiam ex illa lege commodatarios teneri in solidum non aliter, quam si hoc actum sit; conjungit enim J. C. commodatarios cum depositariis his verbis, *vel eandem rem duobus similiter commodavi, similiter*, id est, utriusque fidem in solidum secutus, prout de depositariis dixerat; et tamen fatetur Huberus quod non requiratur conventio, ut commodatarii in solidum teneantur; itaque dicimus ad illam legem, quod J.C. ibi non requirat expressam conventionem ut duo depositarii, vel commodatarii in solidum teneantur, sed ut correi sint, cum notum sit numquam alias esse correos, nisi hoc actum sit: hoc manifeste sequitur ex verbis J. C., ait enim quod *si utriusque fidem in solidum sim secutus, fiunt duo rei promittendi*, et sic vult quod, quamvis re apud plures deposita vel commodata, quisque eorum teneatur in solidum, non propterea sint correi, sed tunc tantum, si utriusque fidem in solidum sim secutus.

Obj. *L.* 47 *ff. locat.*, ubi dicit J. C. quod si venditor vel locator (quamvis in lege legatur *emptorem, conductoremve*. tamen satis clarum est ex sequentibus, quod J. C. intelligat *venditorem, locatoremve*, prout adhuc saepe in jure vox emptor pro venditore, conductor pro locatore, et vice versa reperitur) pluribus vendiderit vel locaverit, singulorum in solidum personam intuitus, quisque tamen conductorum vel emptorum tantum pro parte teneatur, saltem tunc quando alii sunt solvendo; ergo etiam, ajunt, quisque commodatariorum tantum pro parte teneri debet. ℟. Quamvis initio legis J. C. decidat quemque emptorum vel conductorum tantum pro parte conveniri posse, si alius sit solvendo, statim tamen videtur se corrigere; addit enim: *quamquam fortasse justius sit, etiam si solvendo omnes erunt, electionem conveniendi quem velit, non auferendam actori;* sed quamvis diceremus quod J. C. decidat quemqua tantum pro parte conveniri posse, non erit tamen paritas cum nostro casu; nam ibi agitur de obligatione dividua, obligatio enim emptoris est solvere pretium rei venditae, quae obligatio, utpote in pecunia consistens, est maxime dividua; et cum J. C. conjungat conductorem cum emptore, verosimiliter certe tractat etiam de obligatione conductoris solvendi mercedem; sed in casu nostro quisquis commodatariorum ad custodiam et restitutionem tenetur: sic obligatio est individua. Quod attinet tandem *L.* 21 § 1 *ff. h. t.*, ubi supponitur quod res commodata pluribus furto ablata sit, diciturque quemque ex commodatariis teneri pro parte, notandum quod ibi agatur de casu ubi res commodata erat pluribus *communi periculo*, seu ubi conventum erat ut quisque tantum pro parte teneretur, si res perierit; quamvis enim custodia et restitutio sint individuae, et sic in solidum semper a quoque praestari debeat, nihil tamen implicat quominus conveniatur ut si res pereat, sicque ad aestimationem deveniendum sit, quisque pro parte teneatur, cum hoc pro parte praestari possit.

Quid jam si Titio rem aliquam commodaverim, isque mortuus sit pluribus relictis heredibus, quomodo quisque tenebitur? Si res naturaliter individua commodata sit, prout semper fere sunt res commodatae, ex rationibus jam dictis, quisque in solidum tenebitur; quamvis enim regula sit omnes obligationes defuncti dividi inter heredes pro parte hereditaria, hoc tamen non obtinet in obligationibus individuis, sed hae ad quemcumque heredem in solidum transeunt.

Obstat tamen maxime *L.* 3 § 3 *ff. h. t.*, ubi dicitur *heres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte qua heres est convenitur*. Sed cum J. C. dicat pro parte quemque conveniri posse, supponit talem rem quae pro parte potest restitui, alias enim ad impossibile conveniretur quisquo heredum; casus igitur erit, si pecunia ad ostentationem v. g. commodata sit, sed cum ille casus sit rarus, videtur quod ad hunc solum non possimus restringere istam legem; unde illam etiam intelligimus de casu, ubi fundus v. g. commodatus est, vel aedes: illae enim res restituuntur sola derelictione com-

modatarii, et renunciatione usui quem habent, nec ad earum restitutionem alio facto traditionis opus est; unde si v. g. duo heredes commodatarii aedes defuncto commodatas occupent, quisque renunciando suo usui pro parte qua utebatur, eumque derelinquendo satisfacere debet; sed vehiculum, vel equus commodatus non restituitur sola derelictione et renunciatione usus, sed ulterius factum naturale traditionis intervenire debet; quod factum est omnino individuum: ait tamen J. C. in *L.* 3 § 3 quod, licet unus heredum pro parte tantum possit conveniri, casu nempe quo res commodata pro parte restitui possit, si tamen unus habeat facultatem totius rei restituendae, v. g. quia apud ipsum solum est, officio judicis incumbat eum ad solidam rem restituendam condemnare, quod certe aequitati, cujus ratio in hac actione, utpote b. f. haberi debet, maxime conforme est. Quid jam si, cum commodatarius mortuus esset pluribus heredibus relictis, res dolo aut culpa perierit, vel deterior sit facta? Si hoc culpa amborum heredum factum sit, omnes in solidum tenentur, cum quisque in solidum esset obligatus ad custodiam: si culpa unius, alter qui culpa vacat non tenetur: quod si culpa vel dolo defuncti hoc factum sit, tunc defunctus ad aestimationem coepit teneri, adeoque singulus heres pro parte hereditaria tenetur; cum enim haec in pecunia consistat, est divisa inter omnes heredes.

§ XIII.

Actio contraria commodati datur commodatario contra commodantem, imprimis ad repetendas expensas extraordinarias in rem commodatam factas, v. g. ad id quod impensum est in curationem equi commodati, qui casu vulneratus fuit; non vero ad impensas ordinarias, v. g. quae in nutrimenta equi commodati impendit; absurdum enim foret ut haec repeteret commodatarius, cum usum rei interea habuerit (*L.* 18 § 2 *ff. h. t.*) Datur etiam ut commodans damnum resarciat, quod commodatarius ob rem commodatam sensit, si forte res vitiosa aut morbosa a sciente commodante commodata sit (*L.* 17 § 3 *in fin.*, *L.* 18 § 3 *ff. h. t.*). Item datur ut commodatarius repetat usum rei commodatae, si forte commodans rem ei ademerit ante tempus vel usum finitum, item si commodatarius forte rem perdiderit, et pro ea aestimationem dederit commodanti, et postea res reperta sit, jamque sit apud commodantem, ut repetat a commodante id, quod pro ea dare coactus fuit (*L.* 17 § 5 *ff. h. t.*).

DIGRESSIO

DE CULPA IN QUOVIS CONTRACTUUM GENERE PRAESTANDA.

§ I. De dolo et culpa lata.
§ II. De culpa levi, et quomodo secerni possit a culpa lata.
§ III. De divisione culpae levis in faciendo, et in omittendo.
§ IV. Non dari culpam levissimam demonstratur.
§ V. De culpa praestanda in tutela et curatela.
§ VI. Quid juris de eo, qui gerit negotium commune, quid in societate; item in administratione dotis.
§ VII. In pignore quae culpa praestanda sit.
§ VIII. Quam culpam praestare debent conductor et venditor.
§ IX. Quae in mandato.
§ X. Quae in negotiorum gestione.
§ XI. Item in commodato.

§ I.

Dolus est malignum propositum alteri nocendi, unde dolus non tam a facto, quam ab animo dependet.

Culpa est factum inconsultum, quo alteri nocetur; unde culpa potius consistit in facto quam in animo. Dividi solet culpa ab interpretibus in latam, levem et levissimam; verius tamen est levissimam non dari, nisi per eam intelligere velis culpam levem in omittendo; sed de hoc postea latius.

Culpa lata in jure solet aequiparari dolo, et pro dolo haberi, non solum si agatur ad interesse, sed etiam si actio tendat ad poenam pecuniariam, idque praesumptione juris et de jure, ita ut probatio in contrarium non admittatur. Aliud tamen est, ubi agitur ad poenam corporalem, tunc enim culpa lata pro dolo non habetur, sed nocendi propositum concludenter probari debet (Vide *L.* 7 *ff. ad leg. Corn. de sicariis etc.*). Culpa lata in quovis contractu praestari debet; nec facit, quod J. C. quandoque dicant, in hoc contractu, v. g. deposito, tantum dolum praestari; nam sub nomine doli culpam latam intelligunt.

§ II.

Culpa levis consistit in eo, quod quis non faciat quod diligens paterfamilias fecisset, vel non praevidet quod diligens paterfamilias praevidisset (*L.* 31 *ff. ad L. Aquil.*): duo autem sunt principia, ex quibus dignosci possit an culpa sit lata, vel levis; primum est, si quis non adhibeat eam diligentiam rebus alienis, quam propriis adhibere solet (*L* 24 § 5 *ff. solut. matrim.*, *L.* 32 *ff. depositi*, *L.* 22 § 3 *ad senatuscons. Treb.*), latam intelligetur culpam committere, nisi ad curam et diligentiam obligatus non esset (*L.* 91 *ff. de verb. oblig.*): secundum est, si quis non intelligat quod omnes intelligunt, ut puta, aliquis reliquit aedes suas apertas, et res, quae apud eum deposita erat, furto ablata est, vel inconsulto lapidem ex cubiculo in plateam projecit, ex qua aliquem occidit, culpa lata iterum tenebitur. Quod si ea non adsint, culpa tantum levis commissa intelligetur.

Digitized by Google

§ III.

In *d. L.* 91 *ff. de verb. oblig.* culpa levis manifeste dividitur in culpam levem in faciendo, et culpam levem in emittendo: culpa levis in faciendo est gravier culpa levi in omittendo, quatenus qui se ad factum obligat debet esse peritus ejus exequendi, nec suscipere ejusmodi obligationem potuit, si praeviderit operam suam alteri fore damnosam, hoc ipso enim que tale negotium suscipit, de industria sua promittere intelligitur.

Nomine culpae simpliciter positae significari solet culpa levis in faciendo, culpa lata enim potius sub nomine doli comprehenditur, uti culpa levis in emittende sub nomine diligentiae venire solet.

Culpam levissimam definiunt interpretes, qua committitur, vel non praevidetur quod diligentissimus paterfamilias nen commisisset, vel praevidisset.

§ IV.

Verum eenfermiter ad hanc definitionem, culpam levissimam dari merito negat Donellus, et sane; impossibile enim est talem diligentem reperiri, quiu diligentior dari possit, et si quis contendat se culpa aliqua teneri non posse, quoniam probare conatur se esse diligentissimum patremfamilias, eo ipso probabit existere potuisse se diligentiorem, eum nempe, qui culpam illam nen eemmisisset.

Obj. *L.* 44 *ff. ad L. Aquil.*, in qua dicitur *in lege Aquilia et levissima culpa venit.* R/. Illic est unicus locus in toto jure, in quo mentie fiat culpae levissimae; hinc dicimus hic poni superlativum pro positivo, quod in lingua latina nen est infrequens; idem respondendum ad *L.* 1 § 4 *ff. de oblig. et act.*, in qua dicitur exactissimam diligentiam esse praestandam.

Teneamus igitur culpam levissimam nen dari, nisi per eam intelligas culpam levem in emitteude, et tunc tantum quaestio erit de nomine. Illam vero culpam levem in omittendo tuuc dicimus intervenisse, si quis nen adhibuerit omnem curam, quae negotio suscepto necessaria est; eam vero abesse, si illa cura fuerit adhibita, licet res ad felicem exitum perduci non potuerit; scilicet illa cura et diligentia limites babet, ad quos, ubi quis pertigit, plane suae obligationi satisfecit: ponamus v. g. solertiae tres esse gradus, infimum, medioerem et supremum, et Titium suscepisse tale negotium, qued mediocrem solertiae gradum exposcebat: si eum solertiae gradum adhibuerit, et res ex voto non successerit, non tenebitur, licet ad felicem exitum perduci potuerit, adhibende supremum solertiae gradum.

§ V.

Communiter traditur in tutela et curatela praestari debere culpam levem, ast illud nen congruit *L.* 7 § 2 *ff. de adm. et peric. tut.*. Dicendum itaque quod tutor praestet culpam levem in facieudo, et latam in omittendo: ideo praestat levem in faciendo, quia is qui negotium gerendum suscipit, debet esse peritus illius exequendi, unde eo ipso quo tutor tutelam suscipit, diligentiam videtur promittere, vel si forte tutor invitus datus sit, tamen creditur illi satisfacere posse, quia magistratus praesumitur non temere tutorem designare, ita ut dolose vellet resistere officio sibi a praetore imposito: ideo autem defungitur praestande culpam latam in emittendo, quia ueme debet rebus alienis majorem curam adhibere, quam propriis.

§ VI.

Idem dicendum de eo, qui gerit negotium commune, idque ex iisdem rationibus, modo tamen negotium sit individuum; nam si dividuum sit, ad eandem culpam tenetur, ad quam teuetur negotiorum gestor, quoad partem nempe, quae ad socium pertinet, nam in illa parte nullo medo negotium suum gerit, sed totaliter alienum, uuda respectu illius partis est verus negotiorum gester.

Eadem rursus culpa praestatur in societate (*L.* 72 *ff. pro socio*); rationem illic reddit J. C., *quia qui parum diligentem socium sibi adquirit, de se queri debet.*

Similiter maritus nen praestat culpam levem in omittendo (*L.* 23 *ff. de reg. jur.*, *L.* 5 § 2 *ff. commod.*), idque ex iisdem rationibus.

§ VII.

Major est difficultas circa culpam praestandam in pignore, hic enim auctores snperaddunt levem in omittendo; ast multo verior est contraria sententia, quam clare probant *L.* 5 § 2 *commod.*, et *L.* 23 *ff. de reg. jur.*, in quibus dicitur, quod in pignore debeant praestari dolus et culpa; jam autem, ut diximus, nomine culpae simpliciter positae intelligitur culpa levis in faciendo, nen in omittendo, quod etiam conforme est principiis juris: scilicet, creditor ex pignore nullum lucrum facit, sed tantum illud accipit in securitatem debiti; quinimo ex quadam necessitate, quod scilicet debitori non satis fidat, unde iniquum foret ab eo exigere majorem diligentiam, quam rebus suis adhibere solet, hinc uequit teneri de culpa levi in omittendo.

Obstat *L.* 13 § 1 *ff. de pign. act.*, in qua dicitur: *venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato venit et custodia, vis major non venit*: videtur proinde dicere quod creditor in pignore praestare debeat eamdem culpam, quam praestat commodatarius in re commodata, ita ut solus casus fortuitus eum excuset. R/. Loco *ut* in illa le-

ge legendum est *at*, quae emendatio sane levis est, simile enim mendum facile irrepsisse potuit, tanto magis quod contextus legis id manifeste exigat, alias enim dicta verba importarent quod creditor in pignore magis teneretur, quam commodatarius in re commodata, dicit enim *venit et custodia*: quod certo admitti non potest, nam commodatarius ad omnem culpam tenetur: sic in *d. L.* 23 *ff. de reg. jur.*, in qua dicitur *in his quidem et diligentiam*, una littera mutanda est, scilicet loco *quidem* legendum est *quidam*, ut contextus legis postulat.

§ VIII.

Sed quam culpam praestat conductor in re conducta, item venditor in re vendita ante traditionem? Contendunt quidam quod tantum praestent culpam levem in faciendo, propter regulam traditam in *L.* 5 § 2 *commod.*; quod scilicet in illis contractibus, qui ineuntur in utilitatem utriusque, tantum sit praestanda culpa levis in faciendo; sed id admitti non posse credimus in conductore ex § 5 *inst. de locat. et conduct.*, in quo dicitur: *a conductore talis custodia desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, quam, si praestiterit et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur*: quae verba non possunt restringi ad culpam levem in faciendo, cum dicat eum debere praestare custodiam, et quidem talem, quam diligentissimus paterfamilias rebus suis adhibet, jam autem custodia non consistit in faciendo. Praeterea imperator in illo § conductorem tantum absolvit a casu fortuito, ergo certe intellexit eum teneri de culpa levi in omittendo.

Idem probat *L.* 25 § 7 *ff. locati*, in qua, postquam Gajus dixerat conductorem tunc demum culpa carere, ubi facta sunt omnia quae diligentissimus quisque observaturus fuisset, generaliter in fine subjicit, *idemque ad caeteras res transferri potest*: haec verba rursus videntur nimis generalia, quam ut restringantur ad culpam levem in faciendo tantum.

Quod jam attinet venditorem, distinguendum est, an custodiam in se susceperit, an vero simpliciter vendiderit; et siquidem custodiam in se non susceperit, dicendum quod tantum teneatur de culpa levi in faciendo, non etiam in omittendo; si vero custodiam rei in se receperit, tenebitur de omni culpa, quia tunc adsimilari debebit conductori, qui, cum ad custodiam obligatus sit, tenetur de omni culpa, seu de culpa levi in omittendo.

Haec sententia evidenter probatur per § 3 *inst. de empt. vend.*, in quo dicitur: *quod si fugerit homo qui venit, vel subreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus venditor, usque ad traditionem in se susceperit, sane, si in se suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est: idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus*; aperte ergo imperator distinguit, an venditor in se custodiam susceperit, nec ne: in priori casu dicit eum teneri, quamvis dolus et culpa ejus non intervenerit: posteriori autem casu, dum nempe custodiam in se non suscepit, dicit eum non teneri, si culpa et dolus ejus non intervenerit; ergo a contrario, si dolus et culpa, quo nomine venit culpa levis in faciendo tantum, intervenerit, eum teneri dicit.

Idem quoque probat *L.* 3 *ff. de peric. et commod. rei vend.*, in qua dicitur: *custodiam autem venditor talem praestare debet*; subintellige, si eam in se susceperit, *quam praestant hi, quibus res commodata est.*

His maxime obstat *L.* 5 § 2 *ff. commod.*, in qua dicitur: *sed ubi utilitas utriusque vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*: jam antem, ut saepe diximus, nomine culpae venit culpa levis in faciendo; ergo juxta Ulpianum in citata lege, in emptione venditione, item in locatione conductione tantum deberet prestari culpa levis in faciendo, et non in omittendo, tanto magis, quod hos duos textus comparat doti, pignori, societati, in quibus vidimus hoc tantum culpae genus venire. R/. Cum illa lex aperte sententiae Pauli contradicat, non videtur aliud dici posse, quam quod Ulpianus, qui est auctor hujus legis, dissenserit a Paulo, quod ei non fuit infrequens: in hac autem antinomia putamus sententiam Pauli esse praeferendam, tum quia regula Ulpiani etiam ab aliis fuerit reprobata, nominatim ab Africano, ut postea videbimus, tum quia decisio Pauli expresse per imperatorem approbatur in *d.* § 3 *inst.*

Obstat adhuc *L.* 3 § 1 *ff. nautae caup. stab.*, in qua Ulpianus ait: *et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo, qui recipit tenetur, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingat*; dicit igitur in locato solam culpam praestari, at caupones et similes insuper teneri, quamvis sine culpa ipsorum res perierit, et solo casu fortuito liberari. R/. Illa lex est Ulpiani, et proinde continet adhuc vestigium dissensus ejus a Paulo.

§ IX.

In mandato omnis culpa praestanda est (*L.* 13 *et* 21 *cod. mandati*). Nec obest quod mandatum contrahatur in gratiam solius mandantis; quia qui mandatum suscipit, obligat se ad negotium aliquod gerendum, et proinde congruam industriam promittere censetur, nec hoc negotium suscipere debuisset, nisi se peritum novisset.

Digitized by Google

Nec obstat etiam *L.* 8 § *ult.*, nec *L.* 10 *ff. mandati*, in quibus dicitur mandatarium in re mandata tantum teneri ad bonam fidem; nam illae leges non agunt de culpa, ad quom tenetur mandatarius in executione mandati, sed supponunt mandatum jam ad executionem perductum esse, quo casu mandatarius unice tenetur ad custodiam, perinde atque depositarius, qui de culpa lata tantum tenetur.

§ X.

In negotiorum gestione a fortiori ad omnem culpam obligatur gestor, cum sponte ad negotia gerenda accesserit: unicam exceptionem suggerit *L.* 3 § 9 *ff. de negot. gest.*, scilicet si quis ad negotia olias peritura accesserit, quo casu tantum praestare tenetur dolum et culpam latam.

§ XI.

Tandem in commodato omnis culpa praestanda est (*L.* 5 § 2 *ff. comm.*), hoc tamen ita, si, ut plerumque fit, commodatum contrahatur in gratiam commodatarii tantum; nam si ineatur in gratiam utriusque, tantum praestatur culpa levis in faciendo, prout in pignore: si vero ineatur in gratiam solius commodontis, tunc praestabitur tantum dolus et culpa lata, uti et in deposito, militante eadem ratione.

TITULUS VII.

DE PIGNORATITIA ACTIONE VEL CONTRA.

§ I.

Vox *pignus* quandoque sumitur pro re, quae pignori datur, quandoque pro jure reali, quod creditor in ea re acquirit, quandoque etiam pro contractu pignoris, et in hac posteriori significatione hic accipitur, ita ut hic unice agatur de contractu pignoris, et actionibus personalibus ex eo resultantibus. Definitur pignus: contractus b. f. re initus, quo res creditori traditur in securitatem debiti ea lege, ut debito soluto, aut ejus nomine satisfacto, eadem in specie restituatur.

Ex eo quod re ineatur, sequitur non esse contractum pignoris, nisi res tradatur, unde si convenerit ut res aliqua obligata sit pro certo debito, traditio autem non intercedat, sed res apud debitorem maneat, non erit pignus contractum, sed pactum hypothecae (*L.* 9 § 2 *ff. h. t.*). Caeterum possunt pignori dari res tam immobiles, quam mobiles (*L.* 15 *ff. h. t.*), imo etiam res incorporales, sic ususfructus, nomina et actiones (*L.* 11 § 2 *de pign. et hyp.*, *L.* 4 *cod. quae res pign. oblig. poss.*), quamvis tamen res immobiles ordinario non dentur pignori, sed hypothecentur, ne alioquin si ad creditorem transirent, interim earum usu frustraretur debitor: si autem res aliena pignori data sit, licet non sit in creditorem jus reale pignoris translatum, utpote quod in re aliena debitor constituere non poterat, contractus tamen pignoris valet, et utrimque nascuntur actiones pignoratitiae (*L.* 9 § 4, *L.* 32 *ff. h.* t.).

§ II.

Securitas creditoris, propter quam pignus datur, in eo consistit ut, si debitor interpellatus non solvat, possit creditor pignus vendere, et ex pretio sibi satisfacere, ita ut haec facultas vendendi sit omnino de substantia pignoris, in tantum ut, licet convenisset ne vendere possit, creditor tamen, eo non obstante, recte venderet, quamvis hoc casu deberet ter debitorem suum interpellare antequam vendat, ubi alias unica interpellatio sufficit (*L.* 4 *ff. h. t.*); sed de hac securitate creditoris locus est dicendi sub *lib.* 20 *ff.*, ubi de jure reali pignoris agitur.

§ III.

Ex contractu pignoris duae oriuntur actiones, directa nempe et contraria: directa datur ei, qui pignus dedit, contra creditorem qui pignus accepit, vel etiam contra tutorem vel procuratorem creditoris, si ipsi tutori vel procuratori pignus datum sit (*L.* 11 § 6 *ff. h. t.*); nam tunc cum ipsis, non cum ipso creditore contractus initus est.

Datur imprimis haec actio ut res pignori tradita restituatur; caeterum ut per hanc actionem ad pignoris restitutionem possit agi, requiritur ut totum debitum, pro quo pignus datum est, sit solutum, aut ejus ratione satisfactum; v. g. quod debitum acceptolatum sit, vel novatum, vel pignus conventione sit remissum, aut in ejus locum alia

securitas voluntate creditoris sit surrogata (*L.* 9 § 3 *ff. h. t.*); quamdiu autem vel minima pars debiti remanet solvenda, pro nulla parte pignus potest repeti, manet enim totum obligatum pro parte quae solvenda superest; et ibi est quod dicitur *pignoris causa n esse individuam*; hoc est pignus pro toto debito, et pro qualibet ejus parte totum esse obligatum: sic si quis pro 100 quae debet, pignus dederit, licet 50 solvat, tota res pignorata manet: eodem modo si is, qui pignus pro 100 dedit, moriatur duobus relictis heredibus, licet unus heredum solvat 50 seu totum, quod debet pro parte hereditaria, non liberatur tamen ejus pars, quam in pignore babet, sed tamdiu obligata manet, quamdiu alia 50 tota non sunt soluta.

§ IV.

Quod si creditor solutionem acceptare nolit, eam offerente debitore, an ultra oblationem requiritur consignatio et depositio summae debitae, ut possit debitor pignus per hanc actionem repetere? Sane ut liberetur debitor sola oblatio non sufficit, sed accedere debet consignatio et depositio; si itaque non liberetur debitor, videtur etiam pignus manere obligatum; sed tamen dicendum debitorem, statim ac opportuno loco et tempore offert summam debitam, eamque acceptare recusat creditor, agere posse ut pignus restituatur; nam repetitioni pignoris inest haec conditio, *si debitum solvatur*, jam autem quoties per illum, in cujus persona conditio debet impleri, stat quominus illa impleatur, pro impleta habetur; adeoque cum hic per creditorem stet quominus debitum accipiat, poterit debitor eodem modo pignus repetere ac si conditio existeret, seu ac si solvisset (*L.* 20 § 2 *ff h. t.*).

§ V.

Sunt etiam casus, quibus per pignoratitiam directam pignus potest repeti, licet nihil solutum sit, v. g. si te pecuniam rogassem mutuam, putansque me accepturum, rem tibi pignori dederim: tu autem postea non des mutuum, vel etiam si pecuniam sub conditione tibi promiserim, et in ejus securitatem pignus dederim, conditio autem promissionis defecerit (*L.* 11 § 2 *ff. h. t.*); bis enim casibus, quamvis contractus pignoris valuerit, nunquam tamen res pignori tradita jure reali pignoris fuit devincta, cum non fuerit debitum in cujus securitatem obligaretur.

§ VI.

Quaeritur an actioni directae pignoratitiae possit praescribi, et a quo tempore currere incipiat ista praescriptio? Hoc imprimis certum est, quod si debitor solverit summam, pro qua pignus obligatum erat, et post solutionem per 30 annos non agat hac actione ad repetendum pignus, praescriptum sit huic actioni; omni enim actioni personali lapsu 30 annorum vel 40 praescribitur, imo non requiritur ut 30 anni intercesserint a tempore quo debitum fuit, ut actioni directae praescribatur, sed sufficit 30 annos elapsos esse a tempore quo pignus contractum est, ita ut ab eo tempore incipiat currere praescriptio; itaque si v. g ante 30 annos pro 10 › quae tibi debebam, pignus tibi dederim, erit praescriptum meae actioni directae ad repetendum pignus, quamvis needum solverim: ita ut, licet jam vellem solvere 100, pro quibus pignus obligatum fuit, et ita pignus luere, illudque a te per actionem directam repetere, recte mihi objecturus sis praescriptum esse actioni directae, licet contrarium fortiter defendere conetur Voetius. Haec sententia probatur ex eo, quod omni actioni personali lapsu 30 annorum praescribatur; actio autem pignoratitia incoepit competere statim ac pignus contractum fuit; si ergo ab isto tempore effluxerint 30 anni, dicendum est huic actioni praescriptum esse. Dicunt quidem aliqui, quod actio pignoratitia directa non nascatur antequam debitum solutum sit, quatenus antea non possit debitor agere ad restitutionem pignoris, actioni autem nondum natae praescribi non posse; ex quo inferunt, non currere praescriptionem contra hanc actionem, antequam debitum sit solutum; sed falsum est eam non nasci nisi soluto debito, nascitur enim illa statim ac contractus pignoris perfectus est, cum ex ipso contractu nascatur. Verum quidem est, quod non possit debitor ea agere ad restitutionem pignoris nisi soluto debito, sed saepissime contingit quod actio aliqua jam inde competat et nata sit, licet ea cum effectu nondum possit intentari: sic venditor non potest agere ad pretium rei venditae, nisi prius rem venditam tradat, et tamen actio venditi jam nata est, et venditori competit a momento venditionis perfectae; et ideo si ab hoc momento intercesserint 30 anni, erit praescriptum huic actioni.

Objicitur *L.* 9 § 3 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod omnis pecunia debita soluta esse debeat, aut eo nomine satisfactum esse, *ut nascatur pignoratitia actio*. R'. Ibi improprie loquitur J. C., nempe hoc tantum vult per illa verba, quod non sit nata cum effectu, ut ea agi possit ad restitutionem pignoris, seu quod no › possit cum effectu intentari haec actio, antequam solutum sit debitum.

Ad rem non facit quod objiciunt, *non valenti agere non currit praescriptio*: debitor autem antequam solverit, non potest agere ad repetendum pignus, ex quo inferunt, non currere contra eum praescriptio; nam quod dicitur *non valenti agere non currere praescriptionem* tunc tantum verum est, cum quis agere nequit ob impedimentum juris, cum enim tunc nullum jus habeat, nihil est

cui praescribatur; sic v. g. si Titius post mortem suam per fideicommissum rogatus sit mihi restituere hereditatem aliquam, licet ille tantum post 30 annos moriatur, non est praescriptum petitioni fideicommissi, eo quod praescriptio non potuerit currere quamdiu vivebat Titius, cum io ejus vita nullum adhuc jus ad fideicommissum haberem; dies enim illius fideicommissi tantum cedit a morte Titii, qui quidem dies extiturus est, sed incertum ao me fideicommissario vivo; sicque in hoc exemplo praescriptio tantum incipit currere a momento mortis Titii; sed aliud est ubi quis jus agendi habet, sed tantum impeditur agere propter impedimentum facti, prout contingit in nostro casu, in quo debitor non prohibetur actione directa agere defectu juris, sed propterea quod non solverit debitum; cum ergo jus agendi ante solutionem ei natum esset, erat aliquid cui praescribi poterat; praeterea, quamvis ante solutionem debitor actione directa agere non potuerit ad repetendum pignus, poterat tamen agere ut creditor recognosceret se illam rem titulo pignoris tenere, quod cum non fecerit, sibi imputet.

Dicunt adhuc quod praescribi nequeat rebus merae facultatis; sic v. g. licet quis per viam publicam non iverit totis 30 annis, non est praescriptum ipsius juri; atqui luere pignus, illudque repetere, est res merae facultatis; sed hoc principium fallit quando facultas seu jus agendi ex aliquo contractu nobis competit, ut in casu contingit; jus enim repetendi pignus ex contractu pignoris competit, ergo tali facultati seu jori praescribi potest; sic si mutuam pecuniam tibi dem, licet in meo arbitrio sit eam repetere quando volo, tamen si per 30 annos expectem, certum est meo juri praescriptum esse; caeterum, quamvis in casu praescriptum sit actioni directae ad repetendum pignus, non tamen ideo ejus dominium acquisivit creditor; non enim eam rem usucapere potuit, cum ei b. f. deesset, item possessio, haec enim penes debitorem manet, et tandem ipsi deest justus titulus; dominium ergo pignoris manet penes debitorem qui pignus dedit, et consequenter, licet is non possit amplius pignus repetere per pignoratitiam actionem, cui praescriptum est, poterit tamen eam avocare per reivindicationem, cum dominus maneserit, et reivindicatio omni domino competat.

Sed qualem effectum habebit praescriptio contra pignoratitiam actionem, cum equidem possit debitor rem pignori datam avocare per reivindicationem? Hunc nempe, quod si non esset praescriptum actioni pignoratitiae, debitor ea agens deberet tantum probare, se eam rem pignori dedisse, ubi cogitur jam agere reivindicatione, in qua actione probare debet se esse dominum, quod est multo difficilius, quodque forte probare non poterit, puta si rem alienam pignori dederit, quo casu in hac actione succumbet.

§ VII.

Per actionem directam petitur etiam resarcitio damni, quod culpa lata, item levi creditoris in re pignorata accidit; hujus rationem repete ex digressione hunc titulum praecedente. Quod si pluribus simul eadem res sit pignori data, quisque in solidum ad ejus restitutionem conveniri potest, ut de pluribus commodatariis ejusdem rei sub *tit. commodati* dictum est: idemque est si creditori, cui pignus datum fuit, plures extiterint heredes.

Praeterea per hanc actionem debitor a creditore petere potest omnes fructus et omnia lucra, quae ex pignore vel occasione pignoris consecutus est, (*L. 1 et 2 cod. h. t.*); pignus enim onice datur in securitatem debiti, non vero ut lucrum ex eo creditor faciat, ita ut natura pignoris non patiatur, ut aliquod lucrum ex eo penes creditorem remaneat; hinc decidit J. C. in *L. 22 § 2 ff. h. t.*, praedonem qui rem alienam pignori dederat, soluto debito, non tantum posse istam rem repetere, sed et fructus etiam, quos creditor ex illa percepit.

In *princ. d. L. 22* proponit J. C. quod, cum rem tibi pignori dedissem, aliquis eam furto tibi surripuisset, sicque acquisiveras contra ipsum furem actionem furti, utpote quae datur omnibus quorum interest furtum non esse factum, hac actione egeras contra furem, et consecutus eras duplum vel quadruplum: dicit J. C. te hoc duplum vel quadruplum imputare debere in debitum, pro quo tibi obligatum est pignus; et si id, quod consecutus es, excedat debitum, per pignoratitiam actionem hoc superfluum reddere mihi cogeris (*L. 15 pr. ff. de furt.*). Ratio est quod id duplum vel quadruplum consecutus fueris a fure occasione pignoris, quod tibi dederam, scilicet propter surreptionem rei pignori datae; jam autem nullum lucrum ex pignore vel occasione pignoris facere debet creditor, cum ad hoc non detur pignus, sed tota utilitas creditoris limitetur ad ejus securitatem.

Obj. Conductor non debet restituere locatori id, quod actione furti ab eo, qui rem conductam surripuit, consecutus est (*L. 6 ff. locat.*); idemque de commodato decidit *Imp. in L. ult. § 3 cod. de furt.* R. Disparitas est quod natura pignoris resistat quominus aliquod lucrum ex eo, vel ejus occasione apud creditorem remaneat, unde actio pignoratitia non tantum ad ipsam rem data fuit, sed juxta naturam contractus ad omne id, quod re vel occasione rei apud creditorem esset: verum natura commodati et locationis non resistit, quominus lucrum ex re commodata vel locata commodatarius vel conductor faciat, nam commodatarius vel conductor intendit lucrum ex re commodata vel locata facere; hinc actio commodati et locati data non fuit ad extorquendum lucrum ex re vel ejus occasione factum, sed tantum ad restitutionem, et ad resarcitionem damni dolo vel culpa dati.

Obj. Si creditor ex fundo pignorato vi dejectus fuisset, poenam quam consequeretur a dejectore non deberet restituere debitori, nec illam imputare in debitum, arg. *L.* 24 *ff. de pet. hered.*? ℟. Disparitas est quod in casu objecto id, quod creditor consecutus est a dejectore, nullo modo acceperit propter rem pignoratam vel ejus occasione, sed unice proter vim sibi illatam; vis autem illa personam creditoris tantum afficit, nullo modo fundum pignoratum, sed furtum afficit ipsam rem, et quamvis possessori rei per furtum injuria fiat, hoc tantum est in consequentiam rei furto ablatae, ast quod creditor a fure consecutus est, habet propter ipsam rem pignoratam, cui accedit quod tantum propter ipsum pignus, quod in re habet, competat creditori actio furti; quia nempe ipsius interest rem non esse sublatam propter jus, quod in ea habet, ita ut duplum vel quadruplum unice propter ipsum pignus consequatur.

Quod tamen dictum est creditorem debere imputare vel restituere debitori duplum vel quadruplum, quod a fure consecutus est, exceptionem patitur, si ipse debitor rem pignoratam a creditore surripuerit; nam et contra ipsum tunc, tamquam furem, creditor agere potest actione furti, sed tunc id quod ab eo percipit, nec imputare debet in debitum, nec restituere debitori (*d. L.* 22 *pr. ff. h. t.*); alias enim nullam poenam sentiret debitor, et absurdum esset, si id quod debitor in poenam debiti solvere coactus fuit, ei restitui deberet, ac ejus lucro cederet (*L.* 46 *ff. de R. J.*).

Ex dictis sequitur etiam quod si creditor, cum ei non solveretur, pignus distraxerit, et ex venditione plus redegerit, quam ei debebatur, hoc superfluum possit ab eo repeti per actionem pigneratitiam directam; imo si in mora fuit restituendi superfluum, etiam ad usuras ejus condemnabitur; notum enim est quod in actionibus b. f., qualis est pignoratitia, a tempore morae debitor in usuras pecuniae debitae condemnetur, quin imo etiam si nullam moram fecerit, modo tamen pecuniam superfluam foenori collocaverit, aut eam in usus proprios impenderit, usurae ab eo peti poterunt (*L.* 6 § 1, *L.* 7, *L.* 42 *ff. h. t*); et sane si procurator aut alius qui negotia aliena gerit, pecuniae, quam in usus suos convertit, usuras debet (*L.* 10 § 3 *ff. mand.*), idem omnino statui debet de creditore, qui pignus vendiderat, et superfluum in usus suos convertit; nam et is in venditione pignoris quodammodo procurator debitoris est, debitor enim dum pignus dat, tacite mandare videtur ut, si non solvatur, creditor pignus distrahat.

§ VIII.

Quod si creditor pignus vendiderit, ita ut pretium, pro quo venditum est, excedat debitum, pro quo obligatum erat, id autem pretium necdum sit ab emptore solutum, an debitor potest statim convenire debitorem ad id superfluum? Hanc quaestionem tractat J.C. in *L.* 42 § 2 *ff. h. t.*, et decidit debitorem expectare debere donec creditor pecuniam ab emptore acceperit, quod si expectare nolit, cogi quidem non posse creditorem superfluum reddere, sed eum cedere debere suam actionem debitori contra emptorem pignoris, ut debitor, hac actione cessa, contra emptorem agat, periculo tamen creditoris; hoc est si forte creditor vendiderit ei, qui solvendo non erat, aut non exegerit pretium tempore, quo emptor solvendo erat, uno verbo, si culpa creditoris debitor nihil consequi possit, non obstante cessione actionis, adhuc retineat creditorem obligatum; alioquin, si nulla culpa creditoris intercesserit, non tenetur ex eo quod emptor fortuito sit factus insolvendo; imo retinet hoc casu debitorem ad totum debitum obligatum (*L.* 9 *pr. ff. de distr. pign.*).

Huic quod diximus, satisfacere creditorem debitori expectare nolenti donec pretium ab emptore solvatur actiones suas cedendo, obstat *L.* 42 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod non sit audiendus creditor, si velit emptorem delegare. Sed ad hanc legem respondetur quod aliud sit delegare aliquem, aliud actionem cedere contra aliquem; nam dum v. g. debeo tibi aliquid, et delego tibi debitorem meum, qui parem summam mihi debet, is meo loco incipit tibi teneri, ita ut ego liberer ab eo, quod tibi debeo, ubi si tantum cedam tibi actionem contra debitorem meum, maneo tibi adhuc obligatus, et si nihil ab eo consequi possis, contra me agere poteris. Dicit ergo tantum J. C. quod creditor non satisfaciat delegando emptorem debitori, et recte; nam si per hoc satisfaceret, debitor non posset amplius agere contra creditorem, licet ab emptore nihil consequi posset, idque culpa creditoris factum esset, sed cum eo bene stat quod creditor satisfaciat cedendo actionem suam contra emptorem, suo nempe periculo.

§ IX.

Ex eo quod actio directa detur ad omne id, quod creditor ex pignore vel ejus occasione acquisivit, sequitur etiam quod per eam cogi possit creditor, ut, si quam actionem acquisivit ratione pignoris, eam cedat debitori; sic, si cum venderet pignus creditor, pactus sit ut, si debitor intra certum tempus redderet emptori pretium, quod pro re dedit, emptor pignus restituerit, actionem venditi, quam creditor ratione hujus pacti contra emptorem acquisivit, cedere cogitur debitori, ut is ea agere possit contra emptorem, eumque cogere, oblato pretio, rem reddere (*L.* 13 *pr. ff. h. t.*); actionem enim hanc ratione venditionis pignoris venditor acquisivit; et tanto magis oportet ut eam cedat, quod equidem illa actio sit futura apud eum inutilis, ubi maxime proderit debitori rem suam recuperare volenti.

Digitized by Google

§ X.

Nunc de contraria pignoris actione videndum. Datur illa creditori, qui pignus accepit, contra eum qui pignus dedit, imprimis ad impensas, quas creditor circa rem pignoratam fecit, et quidem si necessariae fuerint, sine dubio eas repetere poterit; illas enim fecit ex tacita voluntate et mandato debitoris, qui, dum pignus dabat, illud certe aliquando recuperare volebat, postquam nempe debitum esset solutum; voluit ergo rem suam integram, seu salvam servari, adeoque ea omnia creditori mandasse censetur, sine quibus ea salva servari nequit, in quorum numero sunt impensae necessariae (*L.* 8 *pr. ff. t.*). Quid de utilibus impensis, an et illas repetere creditor posset? De his agit J. C. in *L.* 25 *ff. h. t.*, aitque quod eas possit repetere, si expressa voluntate debitoris factae sint, imo etiam si ex tacita ejus voluntate sint factae, v. g. si quis servos pignori dedit, quos jam aliqua arte imbuere inceperat, creditor autem pergat eos in illa arte instruere, impensas, quas in eam rem fecit, repetere posset, licet enim expresse in eas non consenserit debitor, eum tamen illos servos jam coepisset instruere, voluntas ejus fuit ut in ea arte perficerentur, adeoque impensae, quas creditor in eam rem fecit, dici possunt saltem ex tacita voluntate debitoris factae. Quod si sine voluntate debitoris impensae utiles factae sint, monet J. C. quod si eas sine magno rei familiaris incommodo solvere non possit debitor, v. g. quod deberet propter illarum solutionem pignus vendere, aut pecuniam sub usuris ab alio mutuam accipere, non debeat tunc audiri creditor volens illas repetere, ita ut hoc totum aequitati judicis committatur, qui curare debet, *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.*

Ex his patet quid intersit inter creditorem in pignus impensas utiles facientem, et b. f. possessorem rei alienae; b. f. possessor enim duobus tantum casibus eas deducit, nempe si probare possit dominum easdem fuisse facturum, vel si dominus rem venalem habeat; multo autem latius agitur cum creditore, qui eas repetere potest, quoties sine magno sui incommodo debitor eas potest reddere, nempe creditor eas impensas non sui intuitu, sed magis intuitu debitoris facit, ubi b. f. possessor eas unice in sui gratiam facit, cum rem, quam possidet, ad se pertinere putet; unde etiam est quod b. f. possessor pro impensis, quas fecit, nunquam habeat actionem, sed tantum retentionem rei, seu remedium deductionis.

§ XI.

In *L.* 2 § 2 *ff. h. t.* proponitur: quod creditor, cum pignus venderet, promiserit duplum emptori in casu, quo pignus venditum ab eo evinceretur, eumque res evicta esset emptori, ad duplum solvendum coactus fuerat; quaeritur an hoc duplum per contrariam pignoratitiam possit repetere a debitore: aitque J.C. quod possit, modo bona fide, et eum ratione id fecerit, v. g. quod nemo vellet emere, nisi id promitteret, vel quod nemo alias vellet tanti emere; nam tunc potest dici id duplum promisisse ex voluntate debitoris, qui ipsi mandasse censetur, ut si non solveretur, pignus distraheret, eaque distractio fieret utiliori quo posset modo, adeoque ipsi mandasse in casu censetur, ut duplum promitteret, sine qua promissione non potuisset, aut saltem non tanti potuisset pignus distrahi. Caeterum si illam dupli promissionem sine nulla causa creditor interposuisset, v. g. quod etiam sine illa promissione res tam caro quam nunc fuisset distracta, tunc id duplum creditor a debitore repetere non poterit; poterit tamen hoc casu petere adhuc a debitore summam debiti, pro quo pignus datum fuerat, ut in *L. seq.* subnectitur; cum enim jam cogatur duplum emptori dare, nihil apud eum ex pretio, pro quo res vendita fuerat, remanet, et sic ex pretio illo non potest dici sibi solvisse, adeoque adhuc debitum potest a debitore petere.

§ XII.

Datur praeterea actio contraria, ut debitor resarciat damnum, quod creditor occasione pignoris, culpa debitoris passus est, ut si forte sciens equum morbosum tibi pignori dederim, nec te monuerim, et equi tui morbum contraxerint.

Ulterius datur, si debitor forte rem alienam pignori dederit creditori id ignoranti, idque sive sciverit debitor rem alienam esse, sive suam putaverit (*L.* 16 § 1 *ff. h. t.*), quamvis tamen respective ad crimen stellionatus incurrendum distinguatur inter debitorem ignorantem et scientem, qui enim sciens rem alienam pignori dedit, crimen stellionatus committit, non vero qui ignorans.

Quando autem debitor rem alienam pignori dedit, potest creditor statim agere contra ipsum actione contraria, et expectare non debet donec res per dominum ei auferatur: nec obstat quod si quis rem alienam vendat emptori ignoranti, emptor agere non possit eo nomine, antequam res illa per dominum evincatur; nam disparitas est quod debitoris obligatio qui pignus dat, sit securitatem et jus reale transferre in creditorem; hoc autem in re aliena transferre nequit, adeoque statim eo nomine conveniri potest, cum obligationi suae non satisfecerit, sed venditor non tenetur dominium vel aliquod jus reale in emptorem transferre, si ipse dominus non sit, sed tota ejus obligatio est efficere, ut res empta maneat penes emptorem; quamdiu itaque nemo rem emptam ab emptore evincit, non potest emptor contra venditorem agere, cum hucusque totum praestet, ad quod vi venditionis tenetur.

Digitized by Google

§ XIII.

Qnando autem res aliena pignori data est, creditor agit ad id qnod sua interest, quod deceptus sit (*L.* 54 *ff. de fidej.*), interest enim ipsius quod non habeat securitatem in ea re, quam in ea intendebat habere. Caeterum hoc interesse non aestimabitur pecunia numorata; nil enim proprie loquendo amisit creditor, eum retineat semper debitorem obligatum ad summam, pro qua res pignori data fuit: totum quod ei obest est securitas pignoris, seu quod periclitetur de suo debito, si forte debitor insolvendo fiat, in quem casum sibi providere volnerat pignus accipiendo; itaque si debitor eo nomine conveniatur, judex non condemnabit ipsum ad certam summam pecuniae, sed officio ejus incumbet eum condemnare, ut parem securitatem praestet in alia re, quamvis tamen directe ad hoc agere nequeat creditor, cum debitor non obligaverit se ad pignus in alia re constituendum, sed ad illud constituendum in illa ipsa re quam dabat, verum ad interesse agendo, hoc consequetur officio judicis, cui incumbit adjudicare ei interesse quod in eo existit ut parem securitatem habeat.

§ XIV.

Datur etiam actio contraria, si forte debitor rem pignori dederit, quae quidem ad ipsum pertinebat, sed in qua jam alteri pignus vel hypotheca constituta erat, nam et tunc creditor deceptus est, quatenus illa res omni momento ab eo avocari possit per illum, cui priori loco obligata est, et per eum vendi, quo casu posterior creditor eludetur, nisi forte res sit tanti pretii ut sufficiat tam ad exsolvendum posterius debitum, quam ad id pro quo primo loco erat obligata (*L.* 6 § 1, *L.* 36 § 1 *ff. h. t.*).

Alius casus, in quo creditor actionem contrariam habet, propterea qnod deceptus sit, est in *L.* 36 *princ.*, *et L.* 1 § 2 *ff. h. t.*, si nempe debitor v. g. aes pro auro pignori dederit, item in *L.* 3 *ff. h. t.*

§ XV.

Omnino autem haec actio pignoratitia distinguenda est ab actione hypothecaria, quae etiam creditori, qui pignus vel hypothecam accepit, competit; nempe actio hypothecaria non ex contractu pignoris oritur, sed ex jure reali, quod creditor in re pignori data acquisivit, et sic realis est haec actio, daturque non tantum contra debitorem, sed contra quemcumque rei pignori datae possessorem, ut eam restituat creditori; unde ulterius sequitur quod actionem hypothecariam non habet creditor, si forte res aliena ei pignori data sit, non enim tunc jus reale acquisivit, et consequenter nec actionem realem: econtra, pignoratilia contraria ex contractu oritur, adeoque etiam si res aliena pignori data sit, eam habet creditor, cum equidem contractus pignoris valuerit, unde haec actio est personalis, daturque proinde contra eum tantum qui pignus dedit, ejusque heredes, ad impensas, interesse etc., nunquam vero contra alios, etiam si forte rem pignori datam possiderent.

LIBER QUARTUS DECIMUS

TITULUS I.

DE EXERCITORIA ACTIONE.

TITULUS III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

§ I. Qoare hos titnlos simul jungamus.
§ II. Singularia notanda in his materiis.
§ III. De actione exercitoria.
§ IV. An etiam ex coutractu submagistri obligatur exercitor.
§ V. An ex contractn nautae.
§ VI. An exercitor obligatur ex delictis mogistri vel submagistri.
§ VII. Ex quibus contractibus magistrorum vel institorum obligantur exercitores et praeponentes.
§ VIII. Si pecuniam mntuam sumpserit magister vel institor, an obligabitur exercitor vel praeponens.
§ IX. Quid si sint plures exercitores vel praeponentes, qui eumdem magistrum praeposuerunt, quomodo quisque eorom ex contractn magistri vel institoris conveniri poterit.
§ X. De revocationa magistri vel institoris.
§ XI. An sicuti contrahenti cum magistro vel institore actio acquiritur contra exercitorem vel praeponentem, ita etiam exercitori vel praeponenti actio datur contra eum, qui cum magistro vel institore contraxit.
§ XII. Qui cum magistro vel institore contraxit, eos habet obligatos etiam deposito officio.
§ XIII. An idem est in procuratora.

§ I.

Duos hos titulos conjunctim tractamus, propter similitudinem, quam inter se habent actiones exercitoria et institoria; eisdem enim principiis hae duae actiones nituntur, et quod de una dicemus alteri applicandum est, exceptis paucis differentiis, quae suo loco observabuntur. Per exercitorem hic intelligimus eum, ad quem quaestus navis spectat, sive sit dominus navis, sive navem a domino per aversionem seu totam conduxerit (*L.* 1 § 15 *ff. de exerc. act.*). Per magistrum autem intelligimus eum, cui cura navis totius ab exercitore est demandata (*L.* 1 § 1 *ff. eod.*). Institor vocatur qui negotiationi alicui terrestri praepositus est, ut ejus curam gerat (*L.* 3 *de inst. act.*): parum autem interest qualis sit negotiatio (*d. L.* 3, *L.* 5 *pr.* § 4 *et seq. eod.*), modo tamen sit negotiatio, alteri enim negotio praepositus institor non dicitur, hinc si quis praepositus sit mutuis pecuniis accipiendis,

institor proprie non est; quamvis tamen ea, quae de actione institoria statuit praetor et ad eum producta sint (*L.* 19 *pr. ff. de instit. act.*).

§ II.

Distinguitur autem institor a simplici procuratore, seu mandatario in *L.* 5 § 10 *ff. de inst. act.;* nempe institor praepositurum ut officium quoddam suscipit, solemusque hodie eum *factorem* vocare; is autem ad quem ea negotiatio spectat, et qui institorem praeposuit, sub *h. t.* vocatur praeponens. Ut melius noscantur hae actiones, notandum quod, sicut de jure civili ex alterius contractu alteri obligatio non acquiritur, ita etiam alter ex alterius contractu obligari nequeat, in tantum ut, licet ex contractibus eorum qui in nostra sunt potestate, obligatio nobis acquiratur, non tamen vice versa nos obligemur. Ab hac regula excipit praetor contractus initos cum magistro navis, item cum institore, voluitque ut ex eorum contractibus obligaretur exercitor vel praeponens, ita ut si quis cum magistro vel institore contrahat, is non tantum ex hoc contractu actionem acquirat contra magistrum, sed acquirat etiam actionem, quae vocatur exercitoria vel institoria, contra exercitorem vel praeponentem, et quidem in solidum; idque ex utilitate publica, nempe favore commercii, ut homines facilius cum magistris vel institoribus contraherent praetor constituit, cui nec aequitas deerat; cum enim ex voluntate exercitoris vel praeponentis negotiationem peragant institor et magister, et ex eorum contractibus lucrum sentiant exercitor vel praeponens, aequum etiam erat, ut ex illis obligarentur.

§ III.

Actio exercitoria itaque est actio praetoria, personalis, quae datur illi, qui cum magistro vel submagistro navis contraxit, contra exercitorem navis in solidum.

Actio institoria est actio praetoria, personalis, quae datur illi, qui cum institore contraxit, contra dominum negotiationis qui institorem praeposuit, in solidum. Imprimis, ut hae actiones contra exercitorem vel praeponentem dentur, non interest qualis sit magister, vel institor qui contraxit, liber, an servus, masculus, an foemina, major, an minor, an pupillus (*L.* 1 § 4 *ff. de exercit act.*, *L.* 7 § 1 *et* 2 *ff. de inst. act.*); sibi enim imputare debet praeponens vel exercitor, si minus habilem magistrum vel institorem praeposuerit: potest etiam unus ex exercitoribus vel, ex iis ad quos negotiatio pertinet, officio magistri vel institoris fungi, sic ut caeteri ex ejus contractibus in solidum obligentur (*L.* 4 § 1 *ff. de exercit. act.*).

§ IV.

Nec tantum ex magistri contractibus obligatur exercitor, sed etiam submagistri, seu ejus quem magister praeposuit, idque non solum si, sciente et non contradicente exercitore, adeoque ex voluntate ejus submagister a magistro positus fuerit, sed etiam si ignorante exercitore fuerit positus; imo, licet magistro nominatim ab exercitore prohibitum esset submagistrum ponere, si tamen is posuerit, adhuc ex illius submagistri contractibus obligatur exercitor, modo tamen is, qui cum eo contraxit, ignoraverit illam prohibitionem (*L.* 1 § 5 *ff. de exercit. act.*): idemque est si exercitor aliquem determinaverit, quem praefici a magistro prohibuerit, modo iterum contrahens illam prohibitionem ignoret. Aliud est in institoria actione, nam praeponens tantum tenetur ex contractu institoris, non vero ex contractu subinstitoris, si quis forte ab institore sit positus. Differentiae ratio est quod in maritimis negotiis saepe locus, tempus, et circumstentiae non permittant ut quis inquirere possit quis sit magister vel submagister, et an submagister ex voluntate exercitoris sit positus, necne; unde ne illa incertitudo difficiliores redderet homines ad contrahendum cum magistris, quod tamen ne fiat, maxime exercitorum interest, placuit etiam actionem contra exercitorem dare, si cum submagistro contractum sit; in terrestribus autem negotiationibus facilius de conditione institoris, ejusque mandato inquirere potest is qui contrahit (*L.* 1 *princ. et* § 5 *ff. de exercit. act.*).

Nec obstat quod J. C. in *L.* 1 § 5 *cit* dicat: *facilius hoc in magistro quam in institore admittendum*, ex quo videtur sequi quod idem in institore, licet difficilius, admitti debeat; nam talis loquendi modus saepe in jure negationem importat, ut in *L.* 1 *princ. ff. de pign. et hyp.*, ubi, dum dicit J. C. facilius hoc in magistro, quam in institore admittendum esse, intelligit hoc admittendum esse in magistro, non vero in institore; nullus enim textus est, qui dicit praeponentem ex contractu subinstitoris obligari, et illa quae specialiter propter aliquam singularem rationem sunt recepta, ad consequentias producenda non sunt.

§ V.

Quamvis etiam ex contractu submagistri obligetur exercitor, non tamen obligatur si cum nautis contractum sit; non enim nautis ab exercitore mandatum est, aut permissum ut pro eo contraherent, sed soli magistro, et submagistro, cum is a magistro praepositus sit, factumque magistri praestare exercitor debeat (*L.* 1 § 2 *et* 5 *ff. de exercit. act.*).

Nec etiam distinguendum qualis sit exercitor vel praeponens, masculus an mulier, pubes an impubes, modo si impubes sit, proposuerit magistrum

vel institorem cum auctoritate tutoris, alias enim non in solidum ex eorum contractibus obligaretur, sed quatenus tantum factus esset locupletior (*L.* 1 § 16 *ff. de exercit. act.*, *L.* 9 *et* 10 *ff. de inst. act.*).

§ VI.

Diximus, obligari exercitorem vel praeponentem ex contractibus magistri vel institoris: aliud est de eorum delictis, non enim ex illis tenetur exercitor vel praeponens. Disparitas est quod, dum contrahunt, id faciant ex voluntate praeponentis, sic iniquum non est ut ex illorum contractibus obligetur praeponens; sed non potest eis censeri mandatum ut delinquerent; adeoque iniquum esset ut ex eorum delictis teneretur praeponens: sane si magister in officio, cui praepositus erat, deliquerit v. g. si merces sibi commissas surripuerit, contra exercitorem eo nomine actio dabitur ex quasi delicto, cum ejus esset invigilare quales homines negotiis suis praeponeret, de qua actione agitur in *tit. nautae, caupones etc.* et *in* § *ult. inst. de oblig. quae quasi ex delict.*, et de hoc casu intelligenda est *L.* 1 § 2 *ff. de exercit. act*, dum dicit *ex delicto nautarum actionem in exercitorem dari.*

§ VII.

Sciendum etiam exercitorem vel praeponentem non indistincte ex omni contractu magistri, vel institoris teneri, sed tantum si contraxerint in ea re cui praepositi erant: sic si institor v. g tantum praepositus esset ad merces vehendas, non ad emendas, et emerit, ex illis emptionibus non tenetur praeponens (*L.* 1 § 7 *et* 12 *ff. de exercit. act.*, *L.* 5 § 12 *de inst. act.*). Non tamen haec ita stricte interpretanda sunt, quasi nihil ultra possit facere magister vel institor, quam nominatim ei mandatum sit; sic decidit J. C. quod si institor ad emendas merces forte praepositus esset, et fidejussores dederit venditoribus, fidejussores illi habeant praeponentem obligatum (*L.* 5 § 16 *ff. de inst. act.*); licet enim ei mandatum non sit fidejussores daro, tamen tacite hoc ei concessum dici debet, quatenus illa omnia dici debent concessa, sine quibus facile emere non posset; saepe enim homines cum institore sine fidejussoribus contrahere nollent: sic etiam si pignus datum sit institori ratione contractus pignoratitii cum eo initi, praeponens institoria tenetur, licet nominatim non permiserit institori ut pignora acciperet (*L.* 5 § 15 *ff. de inst. act.*).

§ VIII.

Quid si pecuniam mutuam sumpserit magister vel institor, an ex hoc mutuo obligabitur exercitor vel praeponens, in supposito quod nominatim non mandaverint ut pecunia mutua acciperetur? Et quidem si mutuum fuerit receptum in causam necessariam v. g. ad reficiendam navem, vel ad armamenta navis emenda, quibus forte indigebat, fueritque pecunia revera in hanc causam versa, sine dubio tenetur exercitor vel praeponens, qui mandasse intelligitur ut haec refectio vel emptio necessaria fieret, cumque ea fieri non posset, nisi pecunia acciperetur mutua, etiam in hoc mutuum consensisse censendus est (*L.* 1 § 8 *ff. de exercit. act.*). Sed quid si pecunia, quam magister navis in causam necessariam sumpsit mutuam, non fuerit in eam causam versa, sed eam in usus suos magister impenderit, an etiam ex hoc mutuo tenebitur exercitor? Affirmative, modo revera ea pecunia navi esset necessaria, v. g. quod navis velo vel aliis armamentis indigeret, et magister specialiter dixerit se in eam causam accipere (*L.* 1 § 9 *ff. de exercit. act.*). Itaque ut creditor agere possit contra exercitorem, non habebit necesse probare pecuniam fuisse versam in causam navis, sed sufficit modo probet navem eo tempore, quo mutuum dabat, in eo statu fuisse, ut refectione indigeret, magistrumque nominatim in eam causam mutuum rogasse. Ratio est quod, si creditor non alias haberet exercitorem obligatum, quam casu quo pecunia in causam necessariam revera fuisset versa, cogeretur tali casu negotia exercitoris agere, et reficiendae navis curam suscipere; sic nemo facile reperiretur, qui pecuniam credere vellet, cum tamen saepe exercitoris intersit ut id fiat (*L. ult. pr. ff. de exercit. act.*). Caeterum, ut ibidem J. C. reflectit, non debet creditor majorem summam dare mutuam, quam revera opus est, seu qua navis indiget, alioquin non habebit exercitorem obligatum in solidum, sed tantum usque ad summam, qua opus erat: sic etiam *in* § 1 *ejusd. L.* monet, quod si creditor mutuum v. g. dederit ad velum navi emendum in tali loco, in quo emi velum non poterat, non facile danda sit ei actio contra exercitorem, licet navis velo indigeret; tunc enim non potest dici pecuniam navi necessariam mutuam datam esse, cum per hanc pecuniam velum equidem comparari non possit, si tamen in loco non longe dissito, et in quo forte magister neminem noverat, qui ipsi pecuniam daret ut velum comparari posset, tunc, licet pecunia mutua data sit in loco, in quo comparari non poterat velum, aequitas postulat ut contra exercitorem detur actio creditori, cum tunc nihil possit ei imputari.

Huberus contendit aliud dicendum esse in actione institoria; vult nempe ut praeponens non teneatur ex mutuo ab institore sumpto, nisi revera pecunia in causam necessariam fuerit versa, et proin dicit eum non obligari, si forte institor eam in usus proprios converterit, licet in causam maxime necessariam fuerit data. Sed idem de institoria, quam de exercitoria circa hoc punctum di-

cendum esse aperte convincit *d. L. ult.* § 2 *ff. de exercit. act.*, ubi J. C. dicit eadem dicenda esse de institoria, quae antea de exercitoria dixerat; nempe sufficere ut creditor habeat praeponentem obligatum, quod in causam necessariam crediderit, et quod exigendum non sit a creditore, ut *ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda sit*: idem probatur ex *L.* 5 § 13 *ff. de inst. act.*, ubi ait J. C., quod si institor prohibitus non sit mutuam pecuniam accipere, teneatur praeponens ex mutuo ei dato ad pensionem v. g. pro taberna solvendam, nec distinguit an revera in eam rem versa sit pecunia, necne. Caeterum, quod J. C. ibi dicit praeponentem teneri, si pecuniam mutuam institor sumpserit ad pensionem tabernae solvendam, hoc juxta ante dicta ita intelligi debet, modo tunc, dum pecunia dabatur mutua, tempus solvendae pensionis instarot; ut enim vidimus *ex L. ult.* § 1 *ff. de exercit. act.*, aliqua diligentia a mutuante exigitur, ut despiciat an eo tempore quo mutuum dat, pecunia revera necessaria sit.

§ IX.

Quid jam si plures sint exercitores vel praeponentes, qui eundem magistrum vel institorem praeposuerunt, quomodo quisquo eorum ex contractu magistri vel institoris conveniri poterit, an pro partibus aequalibus, an pro partibus quas quisque in navi vel in negotiatione habet, an vero in solidum? Et eos in solidum teneri deciditur in *L.* 1 § *ult.*, *L.* 2 *et* 3 *ff. de exercit. act.* Si tamen unus solidum solverit, liberantur alii, et poterit is qui solvit partem ab aliis repetere, vel actione pro socio, si societas inter eos contracta sit, vel actione communi dividundo, si sine societate navis vel negotiatio inter eos communis sit. Ratio cur singuli in solidum teneantur est in *L.* 2 *de exercit. act.*, ne scilicet is qui cum uno tantum contraxit, in plures adversarios distringatur, seu cogatur dividere actionem suam inter plures praeponentes, et a quolibet partem petere, quod ei omnino difficile esset, ubi contra ei ex praeponentibus qui solvit, facilius est a suis sociis partem ejus quod solvit consequi, ex quo patet quod ex mera aequitate leges concesserint contrahenti singulum praeponentem in solidum convenire. Nec ad rem facit quod si cum ipsis exercitoribus aliquis contraxisset, haberet quemque pro parte tantum obligatum: quod autem qui cum magistro contrahit, videatur cum ipsis exercitoribus contrahere; nam disparitas est quod in casu objecto cum pluribus personis contractum sit, adeoque nulla aequitas postulat ut in solidum contra quemque agere possit contrahens, sed dum cum magistro contraxit, cum una tantum persona contraxit, adeoque aequum visum fuit ut non teneretur actionem suam contra plures dividere. Sed quid si unus vel aliqui ex exercitoribus, vel praeponentibus essent insolvendo, an adhuc is, qui cum magistro vel institore contraxit, reliquos qui solvendo sunt in solidum posset convenire? Et dicendum videtur reliquos tali casu pro parte tantum, quam in navi vel negotiatione habent, posse conveniri, non vero in solidum: id probatur ex *L.* 13 § *ult.*, *et L.* 14 *ff. de inst. act.*; postquam enim in *L.* 13 § *ult.* dictum esset quemque exercitorum vel praeponentium in solidum teneri ex contractu magistri vel institoris, item quemque ex dominis qui servum communem habent, teneri in solidum actione de peculio ex contractibus illius servi, cumque qui solidum solvit, posse partem a caeteris repetere actione pro socio vel communi dividundo, subjungitur in *L.* 14, *certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat*; per quae verba vult J. C., quod si unus non habeat actionem communi dividundo, vel actionem pro socio, per quam ab aliis repetere possit id quod solvit, tunc non cogatur solidum solvere, sed tantum pro parte sua; atqui jam quando caeteri sunt insolvendo, alii qui solvendo sunt non habent actionem communi dividundo vel pro socio adversus illos, vel saltem censendi sunt non habere, cum propter caeterorum insolventiam nihil per illas actiones consecuturi sint; nam, juxta *L.* 6 *ff. de dol. mal.*, is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est, et consequenter secundum J. C. in *d. L.* 14 non cogentur solvere solidum, sed pro sua parte tantum; id etiam probatur ex *L.* 27 § *ult. et L.* 28 *ff. de peculio*, ubi J.C. ait: quod si servus plurium contraxerit, quisque dominorum in solidum actione de peculio teneatur, quodque ista res non sit futura damnosa ei qui solidum solvit, cum possit partem a dominis aliis repetere actione pro socio vel communi dividundo, tunc transit ad casum, ubi unus dominorum peculium servo ademit, seu ubi reliquum peculium, quod servus habebat, totum ad alterum dominum spectabat, quo casu non est locus actioni communi dividundo, neque pro socio; atque tali casu contra esse dicendum, nempe alterum tuno non posse condemnari in solidum. Ergo etiam, quando in nostro casu alter ex exercitoribus insolvendo est, cum tunc quoque actio pro socio vel communi dividundo cum effectu nequeat intentari, alter in solidum conveniri nequit; quae paritas tanto magis urget, quod in hoc puncto J. C. comparet actionem de peculio cum actione exercitoria et institoria, ut videre est in *L.* 13 § *ult. de inst. act.*

Obj. Quisquo exercitorum magistrum in solidum praeposuit, ergo ex contractibus ejus quisque in solidum teneri debet, quamvis alii sint insolvendo. ℟. Quisque exercitorum tantum praeposuit magistrum in solidum pro sua negotiatio-

ne, vel si sint socii, pro parte quam habebat in negotiatione; unde stricte loquendo tantum veluit ex contractibus ejus teneri pro sua parte, et is qui contraxit etiam eatenus fidem singulorum exercitorum secutus est; unde quod possint omnes conveniri in solidum, dum omnes sunt solvendo, tantum ex aequitate receptum est, quoniam nempe tunc ille favor creditori tribui poterat, sine damno illius exercitoris contra quem agebat, quippe qui poterat facile partem ab aliis recuperare actione pro socio vel communi dividundo; sed cum secus sit casu, quo alii insolvendo sint, tunc aequitas praecise contrarium suadebat, ne scilicet unus exercitorum summum in damno haereret, ob insolventiam alterius; hic ergo aequitas non tantum ex parte creditoris, sed etiam ex parte exercitorum seu praeponentium inspici debet.

Inst. Sed, ajunt, simul ac quisque contrahit cum magistro vel institore, acquirit jus agendi in solidum contra singulum exercitorem vel praeponentem; ergo hoc jus non debet ei auferri, ideo quod unus eorum insolvendo fiat. R⁄. Quod argumentum procederet, si contrahens hoc jus acquisivisset ex conventione; de jure enim ex conventione quaesito, verum est dicere quod non amittatur sine facto et voluntate ejus, qui illud habet; nam leges simile jus non facile auferunt. Aliud est de jure, quod a legibus ex sola aequitate conceditur, illud enim adimere solent leges, quoties illa aequitas deest; jam autem jus, quod habet contrahens agendi contra quemcumque exercitorum in solidum, non habet ex conventione aut ex natura obligationis, qua exercitores obligatos habet, sed unice vi legis ex aequitate: sic videmus etiam usuras, quae in b. f. judiciis ex mora debentur, seu ad quas leges ex aequitate debitorem ex contractu b. f. moram facientem teneri voluerunt, sisti statim ac debitor pecuniam offert, cum tunc aequitas illa cesset: si vero ex conventione debeantur, non alias sisti, quam si sors soluta fuerit, vel consignata et deposita.

Obj. Si unus ex pluribus fidejussoribus factus sit insolvendo, nihilominus alter in solidum poterit conveniri et condemnari, ita ut nequidem possit opponere beneficium divisionis; ergo etiam, licet unus ex exercitoribus factus sit insolvendo, alii tamen adhuc in solidum conveniri posse videntur. Sed disparitas est quod obligatio fidejussorum ex natura in solidum sit, cum quisque fidejussorum ab initio in solidum se obligaverit, adeoque jus ab initio creditori quaesitum quemque in solidum conveniendi ei auferri non debet; nec potest fidejussori proficere beneficium divisionis, cum non detur in necem creditoris, sed in hunc tantum casum, quo sine ejus damno et injuria opponi potest: verum, quod quisque exercitorum in solidum teneatur, non est, ut vidimus, ex natura obligationis, non enim ad solidum quisque ex illis se obligavit; nec etiam dici potest quod magistrum praeponendo consenserint obligari in solidum ex ejus contractibus; nam eum praeposuerant in sui commodum, eumque unicum praeposuerant ut sumptibus parcerent, non vero ut ia plus per eum obligarentur, quam si secum contractum esset, quo casu pro parte tenerentur; nec etiam supponitur eosdem ad rem individuam praestandam teneri. Quod ergo in solidum conveniri possint, hoc ex mera aequitate leges concesserunt, ne nimia difficultate oneraretur contrahens, si singulum pro parte convenire deberet, et quia equidem ille ex exercitoribus, qui totum solvit, facile partem ab aliis potest consequi; ratio autem illa aequitatis cessat, dum is qui totum solveret, partem ab aliis non posset consequi.

§ X.

Quod diximus, exercitorem vel praeponentem teneri ex contractibus magistri vel institoris, verum est quamdiu magister vel institer praepositus est navi vel negotiationi: caeterum si revocati fuerint seu depositi ab officio, vel si prohibitio facta fuerit, ne quis cum illis contraheret, non amplius ex contractibus, quos postea ineunt, tenetur exercitor vel praeponens, modo tamen illa revocatio aut prohibitio tabernae praefigatur, ut ab unoquoque legi possit, adeo ut si schedulae prohibitionis sublatae fuissent, etiam per ipsum institorem, et aliquis prohibitionis ignarus contraxisset, adhuc teneretur praeponens ex illo contractu: in tantum autem illa revocatio necessaria est, ut, licet mortuus esset praeponens, si tamen adhuc aliquis cum institore, ante aditam forte vel etiam post aditam hereditatem, ante revocationem ab heredibus factam, contraxisset, haberet is heredes praeponentis ex illo contractu obligatos, licet sciens praeponentem mortuum esse contraxisset, licet etiam impubes existeret praeponenti heres (*L.* 17 § 2 et 3 *ff. de inst. act.*); idque ex publica utilitate favore commercii receptum esse ait J. C.; publice enim interest ut securitas contrahentibus praestetur.

Nec obstat *L.* 5 § 17 *ff. de inst. act.*, ubi J. C. ait: *aequum esse ut ei, qui ignorans praeponentem mortuum esse, cum institore contraxit, detur actio*; nam ex illis verbis sequitur quidem a contrario sensu, quod si contrahens scíverit praeponentem esse mortuum, aequitas non exigat ut actio ei detur contra heredes praeponentis, et hoc etiam fatemur; sed dicimus quod, licet aequitas id non postulet, utilitas tamen promiscui usus seu commercii id exigat, in qua sola, non in aequitate se fundat J. C. in *L.* 17 § 2. Aliud esset in eo, qui praepositus esset pecuniis foenerandis, mortuo enim eo qui praeposuit, is qui cum eo contraxisset sciens praeponentem mortuum esse, non haberet ejus heredes obligatos, et si ei solveret quod ab eo mutuum acceperat, non liberaretur (*L. pen. ff. de*

reb. cred.). Idque juxta regulas generales mandati, quod omne mandatum morte finiatur, ita ut opus non sit revocatione heredis, non enim illum casum excipere a regula generali visum fuit, cum foenus non ditet rempublicam, ut commercium facere solet.

§ XI.

An sicuti contrahenti cum magistro vel institore actio acquiritur contra exercitorem vel praeponentem, ita etiam exercitori vel praeponenti actio datur contra eum, qui cum magistro vel institore contraxit? Negative (*L.* 1 § 18 *ff. de exercit. act.*). Non enim erat ratio pro illis introducendi novam actionem, et recedendi a communibus juris principiis, juxta quae ex alterius contractu alteri non acquiritur actio; habet nempe exercitor vel praeponens aliud remedium, nam potest agere actione locati vel mandati contra magistrum suum vel institorem, ut is sibi cedat actionem, quam acquisivit contra eum quocum contraxit; et sic, mediante hac actione cessa, aget contra contrahentem. Simile autem remedium non habet contrahens; is enim non habet actionem contra magistrum, qua eum cogere possit actiones quas habet contra praeponentem cedere; et ideo opus fuit pro contrahente novam actionem contra exercitorem vel praeponentem introducere.

Sane si forte exercitor vel praeponens a magistro vel institore non posset consequi cessionem actionum, v. g. quod is aufugerit, tunc leges ex aequitate ei contra contrahentem etiam actionem darent (*L.* 1 *in fin.*, *et L.* 2 *ff. de inst. act.*).

§. XII.

Qui cum magistro vel institore contraxit, non tantum exercitorem vel praeponentem habet obligatum actione exercitoria vel institoria, sed et contra ipsum magistrum vel institorem habet actionem ex contractu; praetor enim introducendo actiones exercitoriam et institoriam, non voluit ut propterea desineret teneri magister vel institor, sed jus contrahentis adauxit, dando ei etiam actionem contra praeponentem (*L.* 1 § 17 *ff. de exercit. act.*). Et quidem quod magister vel institor ex contractibus a se initis teneatur quamdiu praepositus est, apud omnes in confesso est, sed volunt aliqui quod, postquam deposuerunt officium, desinant teneri ex contractibus, quos iniverant tempore quo erant magistri vel institores, inter quos est Huberus *ad tit. de exercit. act.*; ast omnino conformo videtur principiis juris, eo non obstante quod officium deposuerint, posse adhuc ut ante ex suis contractibus conveniri; nam statim ac quis contraxit cum magistro vel institore, eo ipso acquisivit contra eos actionem, eosque sibi obligatos habuit; jam autem nemo liberatur ab obligatione, qua semel teneri incoepit, nisi per modum a jure ad dissolvendam obligationem inductum; inter illos autem modos non reperitur remotio ab officio, aut ejusdem depositio.

Obj. *L. ult. ff. de inst. act.*, ubi libertus mensae nummulariae praepositus epistolam supponitur scripsisse talem: *habes penes mensam patroni mei denarios* 1000, *quos denarios vobis numerare debeo pridie kalendas majas*: praeponens erat mortuus, nullo relicto herede, sicque finita erat praepositio: negat J. C. quod libertus ex illa epistola conveniri possit. R/. Quod in illa lege libertus ille non contraxerat; imo nullo modo per eam epistolam ad pecuniam illam se obligavit; nam illa epistola tantum continebat nudam admonitionem liberti, sibi nempe mandatum esse a praeponente ut eam pecuniam numeraret, ad quam forte praeponens tenebatur ex contractu inter ipsum praeponentem et creditorem inito; itaque illa epistola inservit ad summum ad probandum praeponentem ad istam summam esse obligatum; nullo modo autem inducit novam obligationem ex parte liberti. Non mirum ergo quod J.C. respondeat non teneri libertum ex ista epistola, nam nequidem stante officio tenebatur, aliter responsurus, si libertus contraxisset, aut se obligasset.

§ XIII.

Quod diximus, institorem vel magistrum ex contractibus suis etiam post depositum officium teneri, obtinet etiam in procuratore; nam et is, licet procurator esse desinat, ex contractibus tamen, quos tamquam procurator inivit, manet obligatus, ut patet ex *L.* 67 *ff. de procur.*, ubi supponitur quod alieni mandaverim ut praedia mea venderet: vendiderat procurator, et specialiter obligaverat se in casum quo ista praedia evincerentur; ait J. C. quod, quamvis procurator esse desinat, non sit tamen levandus onere obligationis, quam suscepit. Vult Huberus quod J. C. ita responderit, quia non erat mandatum procuratori, ut pro evictione se obligaret, seu quia egressus erat fines mandati, ita ut si ei mandatum fuisset, ut pro evictione se obligaret, tunc deposito officio non amplius teneretur ista obligatione; sed in tota illa lege nullum verbum occurrit, quod insinuet procuratorem ibidem egressum fuisse fines mandati; e contra verosimile est quod ei mandatum esset, ut pro evictione se obligaret, alias enim nemo hoc onus facile in se susciperet; gratis ergo omnino supponitur procuratorem ibidem sine mandato se obligasse: verum, demus quod ibi agatur de casu, ubi sine mandato se obligaverat de evictione, inde nullo modo a contrario sensu sequeretur quod, si hoc ei mandatum esset, desineret illa obligatione teneri deposito procuratoris officio; est enim illa lex desumpta ex *lib. Resp.* Papiniani, adeoque respon-

Digitized by Google

sum Papiniani pertinet ad casum sibi propositum. Notum autem est in responsis J. C. aut in rescriptis Impp., quae ad casum eis propositum sunt data, non valere argumentum a contrario sensu; et profecto, ratio quam Papinianus allegat, quare procurator etiam deposito officio teneatur, hoec nempe, *quod procurator qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recuset*, aeque militat pro casu ubi ex mandato domini de evictione se obligaverat, quam ubi sine mandato.

Objici potest quod tutores, curatores, administratores rerum civitatis, post depositum officium desinant teneri ex contractibus, quos tanquam tutores etc. iniverant (*L.* 5 *ff. quando ex facto tut.*, *L.* 3 § 2 *ff. de adm. rer. ad civ. pertin.*). Sed id specialiter contra ordinarias juris regulas est introductum, quia publica sunt haec officia, et ad ea obeunda etiam quis invitus cogi potest, sic durum visum fuit eos adhuc deposito officio teneri; procuratoris autem, vel institoris, aut magistri officium publicum non est, nec ad id inviti cogi possunt; unde ad illos extendendum non est quod de tutoribus specialiter est constitutum.

Haec ita de jure romano: moribus autem nostris, ut passim notant auctores, non amplius post depositum officium tenetur procurator, institor, vel magister, si se tanquam procurator etc. obligavit, imo volunt quod nequidem stante officio, institor ex contractibus a se tanquam institore initis teneatur.

TITULUS II.

DE LEGE RHODIA DE JACTU.

§ I.

Haec lex ab incolis insulae Rhodi circa rem maritimam facta, propter aequitatem suam, a Romanis adoptata est, et juxta eam casus ad rem maritimam spectantes decidi oportere, quatenus nulla lex Romana adversatur, ait imperator Antonius in rescripto, quod refertur in *L.* 9 *ff h. t.*

Cavetur autem hac lege ut, si levandae navis causa ut tempestatem evaderet, merces aliquae in mare fuerint dejectae, domini mercium salvatarum contribuant dominis mercium jactarum; aequum enim est ut damnum, quod pro omnibus datum est, et per quod alii lucrum senserunt, ab iis communi contributione resarciatur (*L.* 1 *ff. h. t.*): haec contributio nomine *avariae* hodie communiter venire solet.

Permittitur itaque magistro navis, tempestate urgente, interrogatis vectoribus, qui et quorum merces in navi sunt, aut iis consentire nolentibus, ex concilio majoris partis nautarum, merces aliquas in mare projicere, ut sic navis levior facta possit tempestatem evadere: debet autem necessitas id postulare, ut hoc liceat magistro, alioquin eo nomine tenebitur; et praeterea debet operam dare, ut res minoris pretii et navem maxime onerantes ejiciat.

Jactu facto, naveque salvata, contribuere debent domini mercium salvatarum dominis mercium projectarum; ut itaque huic contributioni sit locus, requiritur ut merces, urgente necessitate, sint jactae, idque levandae navis causa, item ut navis salva evaserit; hinc imprimis, si sine illa necessitate jactus fuerit factus, non datur locus contributioni, sed magister vel exercitor eo nomine a dominis mercium jactarum poterit conveniri; non enim tunc dici potest quod jactus fuerit causa cur merces aliorum salvatae fuerint, cum equidem salvatae fuissent sine illo jactu, qui absque necessitate factus supponitur, et sic nulla aequitas postulat contributionem.

§ II.

Si jactus mercium sit factus, urgente tempestate, et non obstante illo jactu navis submersa fuerit, quamvis merces, quae in nave remanserant, per urinatores fuerint extractae et sic salvatae, domini tamen illarum contribuere non debent dominis mercium projectarum; non enim projectio salvas fecit merces aliorum, cum ea non obstante, navis periit, sed sunt urinatores qui merces illas salvarunt. Quid si, cum jactus factus esset, navis salva evaserit, postea autem in alio loco per aliam tempe-

statem fuerit submersa? Siquidem merces perierint una cum navi, contributinni non est locus: sed si merces in loco,in qun periit navis,fuerint per urinatores extraetae et sie salvatae. jam domini mercium salvatarum contribuere debent dominis mercium in priori tempestate projectarum, nam projectio illa effecit ut navis una cum mereibus ex priori tempestate salva evaserit, in qua si periisset, merces forte non potuissent extrahi, ubi jam in tali tantum loco fuit submersa, unde poterant merces extrahi per urinatores, propter projectionem in priori tempestate factam (*L.* 4 § 1 *ff. h. t.*); sane si ponamus merces projectas extraetas fuisse per urinatores, easque quae in nave manserant periisse, domini mercium projectarum nullo modo contribuere debent; non enim merees projectae possunt dici salvatae, propterea quod illae quae in navi manserant perierint.

§ III.

Quid si ad exonerandam navem merces aliquae fuerint in scapham trajectae, navis autem aut scapha submersa fuerit cum mercibus in ea enntentis, an domini mercium salvatarum contribuere debent? Si perierit scapha cum mercibus, navis autem salva evaserit, domini mereium salvatarum in navi contribuere debent;trajectio enim mercium in scapbam effecit ut navis salvaretur, et per istam trajectionem perierint merces trajectae; sic potest diei interitus illarum effecisse, ut merces in nave contentae fuerint salvatae. Quod si navis una eum mereibus pereat, scapha autem salva sit, domini mereium in scapha salvatarum contribuere non debent, non enim merces illae salvatae dici possunt, propter interitum navis aut mercium in ea contentarum (*L.* 4 *pr. ff. h. t.*).

§ V.

Quid si vi tempestatis instrumenta navis fraeta sint, malus forte vel anteuna, salvata nave, an dnmini mereium salvatarum contribuere debent domino navis? Ŗ. negative; non enim ista effractio causa fuit cur merces fuerint salvatae, nec etiam ideo facta fuit ut salvarentur; nam casu fortuito hoc contigit (*L.* 2 § 1, *et L.* 6 *ff. h. t.*); cui accedit quod dnminus navis mercedem pro veetura accipiat, ideoque navem suo perieuln praestare conduetoribus debet. Si tamen ad evitandam tempestatem, seu ex necessitate magister malum vel alia instrumenta fregisset, jam illi quorum merces salvatae essent contribuere deberent, tum enim illa effraetio facta fuisset nt merces salvarentur,et revera per eam salvatae fuerunt (*d. L.* 2 § 1, *L.* 3 *ff. h. t.*).

§ VI.

Sic etiam si quaeratur de casu, quo merces alicujus sunt deteriores factae, an caeteri contribuere debeant: videndum quomodo boe contigerit, an casu fortuitn, forte quod aqua penetraverit navem, quo easu nnn est locus contributioni; si vero occasioue dejectionis aliquarum mereium, aliae denudatae fuerint et exinde deteriores factae, jam ratione illius damni dominis earum contributio facienda est (*L.* 4 § *ult. ff. h. t.*).

§ VI.

Quid si, eum piratae navem insectarentur, aliquae merces eis datae sint, ut reliquae ab eorum vexationibus liberarentur? Domini mereium,quae in navi remanserunt, contribuere debent dominis mercium piratis datarum; redemptio enim illa eis profuit, nnn minus quam si jactus ad evadendam tempestatem fuisset factus, adeoque aequitas eoutributinnem induxit (*L.* 2 § 3 *ff. h. t.*). Quod si ipsi piratae aliquas merces abstulerint,jam dnmini mereium salvatarum contribuere non debent, sed casus ille fortuitus nocere debet ei,in cujus rebus aceidit;non enim jam potest dici istam direptionem effecisse ut aliquae merces fuerint salvatae, sieut dum redempta navis est, nnn magis quam dum aliquae merces pereunt,casu fortuito,illarum interitus potest dici alias salvare.

§ VII.

Quando jam contributioni locus est, ea facienda est a dominis rerum salvatarum, juxta proportinnem valoris earum; omnes ergo rerum salvatarum domini contribuere debent, etiam dominus navis ratione navis suae, nam et haec per jactum salvata est: imo etiam domini illarum mereium,quae navem nullo modo onerabant v. g. gemmarum, annulorum etc. eontribuere debent, nam et illae res periissent, nisi jactus factus esset; aequumergo est ut earum ratione enntribuatur: excipiuntur tamen liberi homines qui in nave sunt,illi ratione eorporum suorum salvatorum nihil debent contribuere, corpus est liberum et aestimatinnem non recipit; item excipiuntur poculenta et esculenta, quae ad consumptionem in nave sunt allata, et occasione jaetus salvata (*L.* 2 § 2 *ff. h. t.*).

An etiam domini mereium corruptarum contribuere debent? Ŗ. affirmative; juxta valorem nempe quem nunc babent', postquam deteriores sunt factae; jaetus enim iste effecit ut non in totum perierint, sed nt saltem aliquid dominus earum retineret (*L.* 4 § 2 *ff. h. t.*).

§. VIII.

Quaeritur hic an dominis mercium jactarum totum damnum per contributionem resarciri debeat, an vero etiam illi ratione mercium jactarum ali-

quid debeant contribuere, seu tanto minus ex contributione aliorum accipere: v. g. ponamus merces jactas ad Titium spectare, easque valere 3000, esse alios duos, quorum quisque merces in nave habet pro 3000 etiam easque esse salvatas, an tota 3000 debebunt dari Titio ab aliis duobus, an 2000 tantum? Putat quidem Cujacius 3000 ei dari debere, sed verius est tantum 2000 ei praestanda esse, ita ut Titius pro sua parte 1000 etiam contribuat, seu 1000 minus ab aliis recipiat. Id probatur ex *L.* 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur *quod jactus omnium contributione sarciri debeat*: si omnium, ergo etiam ejus, cujus merces sunt jactae. Praeterea rationem allegat J. C., quare omnes contribuere debeant, quia nempe damnum pro omnibus datum est; potest autem dici merces jactas pro ipsismet, quorum erant, jactas esse, quatenus jam per jactum domini earum aliquid sint habituri, mediante aliorum contributione, ubi alias, si cum nave periissent, nihil habuissent.

Obj. *L.* 2 § 2 *ff h. t.*, ubi J. C. dicit quod *observatae res*, seu salvatae, *id tributum debeant;* ergo, inquiunt, jactae illud non debent. ℟. Quod per haec verba non velit J. C. quod res jactae sint exemptae a contributione, de illis enim ibi non quaerit; sed ibi tantum quaestio est de rebus servatis, praecipue de gemmis et margaritis, quorum nomine contributionem faciendam ait, quia sufficit quod salvatae sint, et quia omnes res salvatae contributionem debent, ex quo proinde nullo modo sequitur nullas alias res, praeter salvatas, contributionem debere.

Obj. Adhuc quod si quis crediderit pecuniam ad domum reficiendam, quae alteri hypothecae erat, is hypothecam in ea domo acquirat, et in ea praeferatur alteri creditori, qui jam inde hypothecam habebat, idque pro tota summa, quam credidit, et hoc ideo quia pecuniam in eam rem credendo, pignoris causam salvam fecit (*L.* 5, *et* 6 *ff. qui pot. in pign.*); atqui jactus mercium etiam merces aliorum salvas fecit: ergo similiter alii debent totum contribuere. ℟. Disparitas est, quod nulla necessitate cogatur quis pecuniam credere ad domum reficiendam; unde, ut homines facilius crederent in eam rem, statutum est ut in illa domo hypothecam acquirerent cum praeferentia ante alios creditores; nam sine illa refectione domus periisset, et ita alii creditores securitatem suam amisissent. Sed in nostro casu dominorum mercium jactarum intererat ut merces jactarentur; nam si in nave remansissent, una cum nave periissent, sicque nihil habuissent, ubi jam dum jaciuntur, equidem aliquid acquirent per contributionem aliorum; non erat itaque necesse, statuere ut totus jactus ab aliis resarciretur.

§ IX.

Sciendum alio modo aestimandas esse res jactas, alio salvatas; jactae nempe aestimantur pretio quo emptae sunt, non vero quo vendi potuissent, ita ut si v. g. emptae sint 100 florenis, licet vendi potuissent 200 si ad locum destinatum pervenissent, pro 100 tantum contributio facienda sit: debet enim domino jactarum mercium damnum tantum resarciri quod passus est, illud autem damnum tantum est 100; aliud est de mercibus salvatis; nam illae aestimantur pretio, quo vendi possunt, in loco ad quem destinatae sunt; hoc enim lucrum, quo plus vendi possunt, domini illarum habent propter jactum, adeoque aequum est ut ratione ejus contribuant (*L.* 2 § 4 *ff. h. t.*).

§ X.

Quomodo jam is, cujus merces sunt jactae, cogere poterit alios ut contribuant? Imprimis is cum vectoribus, quorum merces sunt salvae, nullam habet actionem; non enim contraxit cum illis, nec aliud negotium gessit, ex quo ei actio contra illos possit oriri: caeterum cum magistro navis contraxit, vel enim locum in navi conduxit ad merces suas ponendas et transportandas, vel locavit ei merces vehendas, sic semper locatio conductio inita est cum magistro. Aget igitur actione locati vel conducti contra magistrum navis, ut retineat merces salvatas, donec contribuatur; vel ut is agat actione conducti vel locati contra eum, quorum merces salvatae sunt, et sic omnes coget contribuere (*L.* 2 *pr. ff. h. t.*); hoc autem faciendo magister satisfacit, ita ut si ab aliquibus contributionem non possit consequi, forte quod insolvendo facti sint, magister eo nomine non teneatur, sed hoc damnum spectet ad eum qui contributionem petit (*L.* 2 § 6 *ff. h. t.*); unde etiam videtur defungi magister, si actiones suas, quas habet contra dominos mercium salvatarum, cedat ei, qui contributionem petit.

§ XI.

Quamvis lex Rhodia tantum loquatur de negotiis, quae in navi contingunt, tamen propter aequitatem suam ad negotia etiam terrestria fuit extensa, dum eadem ratio aequitatis aderat; hinc si vector currus plurium mercibus onerati quasdam dejiciat, ut hoc onere alleviatus latrones eum insequentes evadere possit, domini mercium salvatarum tenentur contribuere dominis jactarum; idemque est si pactum cum latronibus iniverit, vi cujus aliquas merces eis tradidit, ut caeteras relinquerent: aliud tamen dicendum, si ipsi latrones aliquas merces abstulissent, juxta id quod de piratis ante dictum est.

§ XII.

Quid si, incendio orto, domus alicujus dejec-

ta sit ad praecavendum ne flamma latius serperet, et vicinas aedes combureret? Quod hoc fieri possit, constat ex *L.* 49 § 1 *ff. incend. ruin.*, item ex *L.* 3 § *pen. ff. de incend. ruin.*, ita quidem ut is qui dejecit ad suas aedes salvandas nulla actione teneatur, modo tamen ex urgente necessitate id fecerit. Sed an illi, quorum aedes sunt salvatae, non tenentur contribuere ei, cujus aedes dejectae sunt, cum ista dejectio sit facta in utilitatem vicinarum aedium, et illae revera idcirco sint salvatae? Et dicendum locum non esse contributioni; nam quod lex Rhodia de contributione facienda statuit, non potest extendi ad alios casus, nisi prorsus eadem sit ratio; jam autem non est hic eadem ratio ac dum jactus in mare fuit factus; nam in casu tempestatis in mari contingentis aequale damnum ac periculum imminet omnibus mercibus in nave contentis, unde cum non esset ratio cur potius merces unius quam alterius deberent ejici, statutum est ut, si alicujus merces dejectae forent, id ab aliis resarciretur. Sed in casu incendii, aedibus dejectis utpote flammae vicinioribus majus periculum imminebat quam aliis, ad quas forte incendium nunquam pervenisset; unde erat ratio cur illae dejicerentur, non aliae; cui accedit quod vicinis domibus periculum immineret ab ipsa domo, quae dejecta est, ubi in nave merx merci periculum non infert, sed tempestas.

§ XIII.

Argumento bujus legis etiam tradi solet quod damnum, quod quis pro salute communi reipublicae, vel communitatis passus est, resarciri debeat. Quid ergo si hostis a communitate aliqua tributum peteret, eumque illud non solveretur, villam alicujus incendat, an is poterit convenire communitatem ut in hoc damnum contribuat? ℟. Negative; non enim potest dici hoc damnum pro omnibus datum esse, nam villae aliorum non fuerunt salvatae, propterea quod ista villa incensa fuerit, estque casus fortuitus quod potius in illam villam, quam in aliam ignis sit immissus, adeoque non magis contributioni locus esse debet, quam si piratae ex nave aliquas merces surripuissent.

Nec obstat quod si communitas tributum a se petitum solvisset, domus illa incensa non fuisset, quodque hoc damnum contigerit, quia communitas tributum illud solvere noluit: nam, quamvis non solverit communitas, non ideo tamen in culpa dici potest, non enim ad id solvendum tenebatur, quamvis enim jure belli hostes hoc tributum petere possint, communitas tamen eodem jure illud recusare poterat: et licet communitas dici possit obligata ad avertendum damnum a suis subditis, hoc tamen non habet locum, quando id fieri non potest sine gravi incommodo et praejudicio communitatis.

Aliud foret, si quis in casu dedisset hosti pecuniam ne civitas vel pagus incenderetur, tune enim id a communitate repetere posset, cum ille revera per illam solutionem effecerit, ut aedes vel villae aliorum revera sint salvae.

TITULUS IV.

DE TRIBUTORIA ACTIONE.

Cum pater filium, et dominus servum in re peculiari negotiari permitterent, et aliquando contingeret eos facultatibus labi, adeo ut ageretur de distributione peculii filii vel servi facienda inter creditores, pater et dominus eam curam suscipere debebant, nisi mallent peculio cedere; quo casu creditum suum amittebant, quod si suscepissent, eum aliis creditoribus concurrebant ut extranei creditores.

TITULUS V.

DE SENATUS-CONSULTO MACEDONIANO.

§ I.

Constat filiosfamilias ex contractibus, quos ineunt aeque naturaliter et civiliter teneri ac si patresfamilias essent (*L.* 39 *ff. de oblig.*), darique contra eos actiones, patrem autem ex eorum contractu non teneri in solidum, sed quatenus in peculio filii est: excipitur hic casus, ubi filiusfamilias mutuam accipit pecuniam, nam nec contra ipsum, nec contra patrem ejus, eo nomine datur actio, vetante nimirum se-

natus-consulto Macedoniano: nempe, eum videret senatus filiisfamilias saepe pecunias credi, idque sub gravibus usuris e creditoribus sperantibus, se eas post mortem patris vel emancipationem filii recuperaturos (quod senatus vocat *incertis nominibus credere*, quatenus fieri poterat filium ante patrem mori, quo casu non poterat creditor pecuniam datam recuperare, eum filiifamilias ordinarie nullas aut paucas haberent facultates, et ita creditores semper de sua pecunia, saltem pro parte, amittenda periclitarentur); quo contingebat ut mores filiorumfamilias corrumperentur, imo non erubescerent quandoque vitae parentum insidiari, ut citius rebus paternis potirentur, quibus acceptas solverent pecunias, et adeo se ab usuris vexationibusque creditorum se liberarent, quae omnia iniqua cernens senatus statuit ut, si quis in posterum filiofamilias mutuam crederet pecuniam, omnis ei actio petitioque denegaretur, etiam mortuo patre.

§ II.

Hoc S. C. temporibus Vespasiani, aut juxta aliquos Claudiani factum fuit: nomen suum non a consule, ut moris erat, sed a Macedone filiofamilias, cujus scelera occasionem hujus S.C. ferendi praebuerunt, sortitum est, quamvis aliqui a foeneratore improbo creditore ita dictum putent; eo itaque prohibetur, ne quis pecuniam mutuam numeret filiofamilias, eique qui mutuavit omnis actio petitioque denegatur, tam contra patrem, quam filium, etiam si filius sui juris factus esset: nomine filii hic etiam veniunt filiae (*L.* 9 § 2 *ff. h. t.*); in sensu enim juris nomine masculino etiam foemininus venit, nisi verba expresse refragarentur, et hic praecipue cum eadem pro filiabus ac pro filiis militet ratio: quinimo, licet nomine filiorum non soleant venire nepotes, hic tamen veniunt; filiusfamilias enim, quo verbo utitur S. C., omnem illum significat qui in potestate est, sive patris, sive avi (*L.* 4 *ff. h. t.*); non debet etiam distingui cujus conditionis, aetatis, qualitatis sit filiusfamilias, nam, licet consul foret, locum haberet S. C. (*L.* 1 § 3 *ff. h. t.*); cum tamen post *Nov.* 81 filiifamilias per adeptionem dignitatis e potestate patrie exeant, sequitur in illis S.C. cessare.

§ III.

Quid si ei, cujus pater ab hostibus captus est, detur pecunia mutua? In pendenti est an S. C. locus sit; nam, si pater revertatur, propter jus postliminii videbitur semper in civitate fuisse, et filium in potestate habuisse, adeoque apparebit filiofamilias mutuum datum esse, et consequenter S. C. locus erit; quod si moriatur apud hostes, per fictionem legis Corneliae videbitur mortuus ipso momento captivitatis, et filius ab eo momento fuisse sui juris, adeoque apparebit patrifamilias mutuum datum esse, et consequenter cessare S. C. (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*).

§ IV.

Quid si patrifamilies mutuam pecuniam promisero, sed eidem numeravero, postea per adrogationem filiofamilias facto? Locus erit S. C., quamvis enim promiserim patrifamilias, numeravi tamen filiofamilias, et sic filiofamilias mutuum datum est, mutuum enim tunc tantum contrahitur quando pecunia numeratur (*L.* 6 *ff. h. t.*): aliud esset, si filiofamilias mutuum promisissem, sed numerassem eum paterfamilias factus esset, tunc S. C. cessaret, quia tunc non filio, sed patrifamilias mutuum dedi (*L.* 3 § *ult.*, *L.* 4 *ff. h. t.*).

§ V.

Nec distinguendum quis dederit mutuum; nam, licet civitas mutuum dedisset, locus esset S. C. (*L.* 15 *ff. h. t*), sicuti si minor credidisset, is tamen, causa cognita, in integrum restitueretur, magis enim habetur ratio aetatis, quam hujus S. C. (*L.* 11 § *ult. ff. de minor.* 25 *annis*, *L.* 3 § 2 *ff. h. t.*), si pupillus crediderit sine tutoris auctoritate, non est mutuum, et ita non est S. C. locus; idemque est si filius crediderit ex peculio profectitio (*d. L.* 3 § 2).

§ VI.

Quamvis senatus de pecunia mutuo data loquatur, quod verbum generale est omnes res comprehendens (*L.* 22 *ff. de verb. sign.*), adeoque videantur nomine pecuniae hic venire omnes res, quae mutuo dari possunt, recte tamen intellectum est tantum de pecunia numerata S. C. loqui (*L.* 7 § 3 *ff. h. t.*); adeo ut si aliae res, ut vinum, frumentum, oleum mutuo dentur, S. C. locum non habeat, quia non ita mutuo aliarum rerum corrumpuntur mores filiorumfamilias ac mutuo pecuniae, cum pecunia ad omnem luxum, aliae autem res magis ad consumptionem comparatae sint: haec ita, nisi fraus S. C. facta sit, nam si creditor sciens se non posse credere pecuniam, vinum dederit ut filius ex eo nummos redigeret, jam certo S. C. locus esset, cum revera medium luxuriandi filio praebuisset, non enim tantum is legi contravenit qui in verba ejus impingit, sed et maxime qui ejus mentem intervertit: caeterum, non prohibet S. C. filiofamilias locare, vendere etc., sic quoque obligatur filiusfamilias, qui fidejussit pro eo qui mutuum accipit (*L.* 7 *ff. h. t.*), imo etiam quando novat obligationem alterius, licet ille alter ex mutuo foret obligatus (*L.* 15 *ff. h. t.*); non enim aliis contractibus sicuti mutuo corrumpuntur mores filiorumfamilias, haec iterum ita, modo S. C. fraus

non fiat, nam si metuens S. C. prohibitionem filio pecuniam crediturus, alteri tradidissem ut ab eo ad filium perveniret, et pro eo mutuo filius fidejuberet, locum haberet S. C., materiam enim luxuriandi revera filio praebuissem (*L.* 7 *princ.* *et* § 1 *ff. h. t.*).

§ VII.

Quod si filiusfamilias pecuniam mihi deberet ex venditione aliove contractu, et permiserim eam retinere, S C. locus non erit (*L* 3 § 3 *ff. h. t.*); idque sine dubio verum est in sententia Africani in *L.* 34 *ff. mandati*, qui putat non fieri mutuum, si debitori meo permittam pecuniam, quam mihi debet, retinere ut mutuam. Haec sententia etiam vera est in sententia Ulpiani in *L.* 15 *ff. de reb. cred.*, qui putat in casu mutuum fieri; ratio hujus est quod S. C. tantum prohibeat mutuum, quod numeratione perficitur, in casu autem nulla numeratio pecuniae filiofamilias facta est, eum jam illam prae manibus haberet. Quod autem S. C. tantum prohibeat mutuum quod numeratione fit, patet ex eo quod utatur verbo *dare*, et quod tantum illud prohibeat mutuum, quod corrumpit mores filiorumfamilias: jam autem dum permitto filiofamilias pecuniam retinere, nullo modo ei subministro materiam luxuriandi, non magis quam si ei concederem dilationem pecuniae quam mihi debet.

Obj. Quod in casu interveniat ficta numeratio, ita ut fingatur debitor pecuniam quam debet creditori solvisse, a quo iterum eam recipit, jam autem, aiunt, fictio aequivalet veritati. R. Hoc verum est respective ad producendum effectum, pro quo fictio introducta fuit, unde in casu, mediante hac fictione erit tam bene mutuum, ac si pecunia revera soluta esset creditori, at iterum ab eo debitori numerata: sed ista fictio non infert vim S. C. quod tantum prohibet verum mutuum, per quod mores filiifamilias corrumperentur, non vero fictum mutuum, ut in casu, in quo realis numeratio non intervenit, sed tantum intervenisse fingitur.

Haec ita, nisi filiusfamilias jam paratus esset solvere pecuniam debitam, cumque eam mihi offerret, retinere permitterem, nam tunc revera viderer materiam luxuriandi praebere, eodem modo ac si solvisset, et statim ipsi ut mutuam reddidissem.

Notandum quod non tantum mutuum sub usuris, sed etiam quodlibet aliud mutuum prohibeatur; simpliciter enim de pecunia mutuo data loquitur S. C., et quamvis in fine ejus, et in *L.* 3 *cod. h. t.* tantum de foeneratoribus mentio fiat, hoc ideo ad inducendum, mutuum sub usuris multo magis prohiberi.

§ VIII.

S. C. mutuum filiofamilias datum non annullavit in totum, sed, remanente obligatione naturali, actionem civilem tantum sustulit, id est effecit ne actio petitiove ejus mutui nomine daretur; sed cum S. C. actionem sustulerit, quare aliquoties in hoc titulo fit mentio exceptionis, numquid exceptione opus est ubi nulla subsistit actio? Illa locutio est impropria, et nihil aliud hic significat quam nudam allegationem qua filiusfamilias dicit mutuanti non competere actionem, scilicet casu quo clarum est mutuum contra S. C. datum esse; nam si dubium sit an mutuum contra S. C. datum sit, potest dici quod filiusfamilias opponens S. C. utatur vera exceptione, de qua cognoscetur an per eam excludi debeat actio creditoris, necne, eodem modo ut J. C. loquitur in *L.* 9 *ff. de jurejur.*, nempe quod quando adversarius delatum sibi juramentum praestitit, nulla amplius contra eum actio detur; si vero dubium sit an illud praestiterit, necne, aut an delatum fuerit, possit opponere exceptionem. Omnis itaque actio petitioque denegatur, non tantum illis qui mutuum dederunt, sed et omnibus illis, quibus ex causa mutui dati actio competit, ita ut omnes illi possunt exceptione repelli: unde si ego mutuum filiofamilias dederim, alter consensu meo cum sibi reddi stipulatus sit, ita ut tunc simus duo correi credendi, etiam ille alter exceptione repelli possit, licet mutuum non dederit (*L.* 7 § 6 *et* 7 *ff. h. t.*). Nec potest quoque creditor hypothecaria se tueri, si forte filius hypothecam aut pignus dederit, nec adversus patrem peculio tenus agere.

§ IX.

Haec exceptio imprimis filio competit etiam postquam sui juris factus est, patri quoque, ita ut nequidem usque ad vires peculii teneatur, heredibus etiam et successoribus filii, si is sui juris factus decesserit (*L* 7 § 10 *ff. h. t.*); fidajussori et ei qui mutuum credi mandavit similiter exceptio haec competit (*L.* 9 § 3 *ff. h. t.*); nam, licet fidejussor non ex mutuo, sed ex stipulatu teneatur, hac exceptione tamen tueri se poterit, quia, si fidejussor solvere teneretur, solutum a filio repeteret vel mandati, vel negotiorum gestorum actione, nec posset filius ei opponere exceptionem S. C., utpote quod latum non est ad impediendos effectus harum actionum, et ita si fidejussor solvere teneretur, S. C. filiofamilias inutile foret: quod si fidejussor nullum regressum haberet adversus filium, quod contingit quando pro invito vel donandi animo fidejussit, tunc ei non proderit exceptio *d. L.* 9 § 3, nec poterit opponere fidejussionem suam esse inutilem, nam filius, ut diximus, naturaliter ex mutuo obligatur, quae obligatio sufficit ut valeat fidejussio. Aliud obtinet in senatus-consulto Vellejano, quia in eo senatus sustulit obligationem naturalem mulieris fidejubentis, et ita qui pro fidejussione mulieris fidejubet, non tenetur, utpote non subsistente obligatione cui accederet: ideo autem sena-

non sustulit obligationem filiifamilias, quia hanc legem non tulit in favorem ejus, sed in odium creditorum, ut eo magis averterentur a mutuo dando.

§ X.

Diximus filium naturaliter obligari, ex quo consequens est quod, si solverit repetere non possit condictione indebiti (*L.* 9 § 4 *et* 5, *L.* 10 *ff. h. t.*). Nec obstat quod is qui exceptione perpetua tutus, omissa exceptione, per errorem solvit, repetere possit: nam hoc tantum verum est quando exceptio est in favorem solventis constituta, non vero quando in odium creditoris introducta est, qualis est exceptio Macedoniani, nam talis exceptio non tollit obligationem naturalem (*L.* 40 *ff. de cond. indeb.*): contrarium obtinet in muliere quae, exceptione tuta, ex fidejussione sua solvit, haec enim repetere poterit, cum naturaliter obligata non sit. Sed an pater repetere non poterit, si filius sine ejus consensu solverit? Si ex peculio castrensi, aut quasi, vel ex adventitio pleno solverit, repetere non poterit, nihil enim juris pater in illis peculiis habet, nec ejus quidquam interest, unde etiam si quis donaverit filio pecuniam ut eam creditori suo solveret, solutam hanc pecuniam pater condicere nequibit, quia magis a donatore quam a filio haec pecunia videtur in creditorem translata: quod si ex peculio profectitio, vel adventitio filius solverit, tunc dominium nummorum in creditorem translatum non erit, et adeo pater eam vindicare poterit (*L.* 14 *ff. de reb. cred.*).

§ XI.

Si vero creditor nummos acceptos bona fide consumpserit putans ex peculio castrensi solutos, pater avocare non poterit, non reivindicatione, utpote non existentes, nec dolo creditoris consumptos, imo per hanc consumptionem creditor eorum dominium acquisivit (*L.* 19 *ff. de reb. cred.*), non etiam condictione furtiva aut indebiti teneri potest creditor, non enim indebitum natura acceperit, nec potest dici eum damno alterius locupletatus ex eadem ratione: nulla itaque actione pater nummos consumptos repetere poterit (*L.* 14 *ff. de reb. cred.*), quae lex de consumptione bona fide facta intelligenda est: quod si mala fide nummi consumpti sint, patri reivindicatio dabitur, quia tunc nummos mala fide possidere desiit; item condictio furtiva, quia scienter nummos alienos contrectavit, adeoque furtum commisit, et de eo casu intelligenda videtur *L.* 9 § 1 *ff. h. t.*, ne pugnet cum *d. L.* 14; nam licet in una referatur sententia Marcelli, in altera Juliani, utraque tamen refertur ab Ulpiano in *L.* 29 *ad edictum*, qui, cum neutram refutet, utramque approbare videtur; si ergo istae duae leges sibi opponerentur Ulpianus sibi ipsi contradiceret, quod admittendum non est.

§ XII.

Si filiusfamilias in judicio hanc exceptionem opponere neglexerit et fuerit condemnatus, poterit adhuc eam opponere dum actione judicati convenietur, eodem modo ut mulier, quae in judicio non allegavit exceptionem Vellejani (*L.* 11 *ff. h. t.*); quod contrarium est in caeteris exceptionibus, quae post sententiam opponi nequeunt (*L.* 2 *cod. sent. rescind. non posse*).

§ XIII.

Cessat hoc S. C. primo, si ut vidimus, mutuum aliter quam numeratione fuerit contractum, ut si permiserim filiofamilias pecuniam mutuo retinere, quam mihi alio titulo debet, modo fraus S. C. non fiat.

§ XIV.

Secundo cessat, si creditor putaverit eum, cui mutuum dabat esse patrem familias, hoc enim S. C. tantum punire voluit creditores, qui malo more filiisfamilias mutuum dabant, is autem, qui putavit se credere patrifamilias nullo modo deliquit; et sic, nulla poena debet affici; caeterum non quaecumque ignorantia creditorem excusat, sed justa et probabilis esse debet, v. g quod is, cui credebat, publice se gereret tamquam patremfamilias (*L.* 3 *ff. h. t.*), aut se affirmaret patremfamilias (*L.* 1 *cod. h. t.*); et praeterea inquisiverit creditor an revera paterfamilias esset, si enim facile scire potuerit, eum non esse patremfamilias, non excusabitur (*L. penult. ff. h. t.*).

§ XV.

Tertio cessat in filiofamilias milite, et quidem jure digestorum in eo cessabat usque ad quantitatem peculii castrensis (*L.* 1 § *ult. L.* 2 *ff. h. t.*); sed Justinianus in *L. ult.* § 1 *cod. h. t.* generaliter statuit, ut quotiescumque filiofamilias militi mutuum daretur, S. C. cessaret, non tantum usque ad vires peculii castrensis, sed in totum sine distinctione, an in usus castrenses acceperit, an in alios; ita ut etiam cessat, licet constaret in alios usus pecuniam mutuo datam fuisse; vult enim imperator ut semper praesumatur in usus castrenses datum fuisse, quae praesumptio est juris et de jure, ita ut probationem in contrarium non admittat. An idem dicendum sit de filiofamilias militiam togatam sequente? Cessat quidem usque ad vires peculii castrensis (*L.* 1 § *ult.*, item *L.* 2 *ff. h. t.*), cum filiifamilias respectu peculii quasi castrensis habeantur pro patribusfamilias, eodem modo ut in castren-

si, sed non cessat in totum; etenim *L. ult.* eod. tantum loquitur de filiofamilias milite, et sic, quoad militiam togatam jus vetus videtur adhuc sequendum, cum non sit abrogatum per *d. L. ult.* Et praeterea est diversa ratio, varii enim sunt casus in quibus miles in castris subito ac necessario pecuniis indiget, sicque ratio fuit ut prohibitio pro milite tolleretur, quae ratio non aderat pro eo, qui militiam togatam sequitur.

§ XVI.

Quarto cessat si patris mandato vel consensu pecunia mutuo data sit, vel si pater approbaverit, vel ratum habuerit mutuum, quod filiofamilias datum est;etenim hoc S.C.latum est in favorem patris, ne mores filii sui corrumpantur,ejusque est videre et inquirere quandonam periculum est ne hoc fiat, cumque leges optime praesumant de affectione paterna et vigilantia patris erga filium, totam rem hanc arbitrio patris commiserunt,quem praesumunt non approbaturum mutuum, si credat filio suo nociturum. Sufficit autem ad hoc tacitus consensus patris, ita ut,modo sciverit dari mutuum filio suo, nec contradixerit, S. C. cesset (*L.* 12 *ff. h. t.*); sic etiam, si filius cum in alia provincia degeret, ubi mutuam pecuniam rogaret, diceret mandatum habere a patre, creditor autem dederit pecuniam et litteras ad patrem scripserit, quibus patrem rogavit ut solveret, si, his litteris acceptis, non protestetur pater contra hoc mutuum, cessat S. C. (*L.* 16 *ff. h. t.*), patris enim officium est invigilare filio suo, et si putet mutuum id ei esse nocivum, statim contra illud insurgere, quod si non faciat, probare praesumitur; toties enim non contradicendo consentire videmur, quoties agitur de negotio quod proxime nos tangit; quando autem ex postfacto pater mutuum filio datum approbat, seu ratum habet, videtur ab initio cessare S C. nec unquam competiisse exceptionem, nec filiofamilias, nec fidejussori, patris enim ratihabitio ex *L. ult. cod. h. t.* retrotrahitur et mandato aequiparatur, ita ut qui ratum habet,videatur ab initio mandasse.

Nec obstat, quod exceptio semel alicui acquisita non debeat ei, sine ejus consensu auferri, et sic quod, licet pater postea ratum habeat, fidejussor adhuc exceptionem habeat: non enim hic aufertur exceptio fidejussori, imo ea nunquam ipsi competiit, cum enim ratum habeat pater, videtur ab initio recte mutuum datum fuisse, eodem modo, ac si pater ab initio mandasset; sic apparet nunquam quaesitam fuisse exceptionem filio,et consequenter nec ejus fidejussori: itaque, dum quia mutuum dat filiofamilias,potest diei in pendenti esse, an locus sit S C.necne, nam si pater postea approbet, apparebit ei nunquam locum fuisse, si non approbet, S. C. ab initio locum fuisse patebit.

Eodem modo solvitur arg. ex *L. ult. ff. de pactis*, ubi proponitur quod reus principali pactus fuerit cum creditore, ne is debitum peteret, sic ex illo pacto fuerat quaesita exceptio reo principali et fidejussori: postea reus principalis iniit aliud pactum cum creditore, per quod iterum convenit ut creditori petere liceret: ait J. C. quod fidejussor, non obstante hoc posteriori pacto, retineat exceptionem ex priori pacto quaesitam: nempe in casu istius legis erat fidejussori pure et simpliciter quaesita exceptio, quae consequenter ei per pactum sequens auferri non potuit, cum illa exceptio non amplius dependeat a voluntate debitoris (*L.* 19 *ff. de except.*).

Nec etiam illud secundum pactum habet effectum retroactivum, nequidem respectu ipsius debitoris, qui a momento tantum, quo illud inivit ex eo teneri coepit; sed in nostro casu, cum S. C. sit in favorem patris, is efficere potuit per suum consensum, ut cesset, utque nunquam videatur ei fuisse locus.

Quod si filiusfamilias factus paterfamilias approbet seu renuntiet exceptioni S. C., eo non obstante, fidejussor retinebit exceptionem, nam potest quidem pater approbando efficere ne videatur ab initio locus fuisse S.C., cum in ejus favorem latum sit, sed filius nunquam efficere potest ut appareat ab initio S. C. cessare, cum illud eum etiam invitum ligaret, quamdiu filiusfamilias erat: potest quidem renuntiare paterfamilias factus, sed non obstante ista renuntiatione, apparebit S. C. locum fuisse usque ad momentum, quo renuntiatum fuit; ergo ab initio fidejussori acquisita fuit exceptio, et quidem irrevocabilis respective ad filiumfamilias, ita ut ea fidejussori adimi non posset per renuntiationem filiifamilias; nec erat illa exceptio in pendenti respectu filiifamilias sicuti est respectu patris, cujus respectu, ut diximus, in pendenti est acquisitio exceptionis, ita ut possit pater efficere ne unquam ea videatur fuisse acquisita.

§ XVII.

Quinto cessat, si filiusfamilias mutuum acceperit, ita ut in patris rem verteret, et revera in rem patris versa fuerit, ut v. g. si ad solvendum creditoribus paternis acceperit, eisque cum pecunia data solverit (*L.* 7 § 14, *L.* 17 *ff. h. t.*).Et generaliter quandonam in rem versum intelligatur tradit J. C. in *L.* 3 § 1 *et sequent. ff. de in rem verso.* Quod si sumpserit pecuniam mutuam, dicens in rem patris se versurum, postea autem in proprios usus verterit, erit S. C. locus (*L.* 7 § 12 *in fine ff. h. t.*), ubi dicitur quod si Titius pecuniam, quam patri, seu in rem patris mutuam acceperat, solverit non creditori patris, sed suo creditori, S.C. locus erit; idemque probat *L.* 3 § 9 *ff. de in rem verso*, ubi dicitur, quod si servus pecuniam mutuam acceperit,tamquam in rem domini versurus, postea autem non verterit, non teneatur domi-

nus ex hoc mutuo, licet talis esset servus, qui soleret in rem domini vertere, ne credulitas creditoris, aut iniquitas servi domino noceret: itaque leges, quae dicunt S. C. cessare, si pecunia in rem patris sit eccepta, ut *L. 2 cod. h. t.*, sic intelligendae sunt, si accepta sit in rem patris et revera etiam versa. Quod si filiusfamilias simpliciter mutuum accipiat, nec dicat in quam rem, postea autem in rem patris vertatur, S. C. cessabit; propter versionem enim subsequentem videtur ab initio in rem patris suscepisse, cum de contrario non constet, et quisque praesumatur nolle contravenire legibus; non ergo praecise propter versionem S. C. cessat, sed quia versio efficit ut ab initio in rem patris accepisse videatur (*L. 7 § 12 ff. h. t.*); hocque est, quod J. C. ibi ait *intelligendum ab initio sic accepisse, ut in rem verteret*. Sed quid si filiusfamilias pecuniam mutuam acceperit in usus proprios, et postea, sententiam mutans, in usus patris convertat, jamne cessabit S. C.? R/. negative: ratio est, quod dum creditor nominatim in usus filii credit S. C. offendat, filioque materiam luxuriandi anbministret, adeoque incurrere debet poenam S. C., et quamvis postea in rem patris versa sit, versio illa non alleviat delictum creditoris, quia, non obstante illa versione, semper verum manet quod deliquerit.

Nec obstat quod is, qui simpliciter credidit, etiam deliquerit, et tamen illi non obstet exceptio Macedoniani, si pecunia in rem patris vertatur; nam versio, quae postea sequitur, efficit ut ab initio intelligatur mutuum fuisse datum in usus patris, adeoque efficit ut non intelligatur creditor deliquisse contra S. C.; sed quando ab initio nominatim in usum filii dedit, licet pecunia postea in rem patris vertatur, non potest videri ab initio in rem patris data, cum de contrario constet.

Qui contrarium tuentur fundant se in verbis *L. 7 § 12 ff. h. t.*, ubi primo J. C dicit, quod si filiusfamilias pecuniam acceperit, et in rem patris verterit, cesset S. C.: tunc addit, *sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare S. C. Julianus ait.*; in quibus verbis putant quod agatur de casu, ubi filiusfamilias nominatim in usus proprios acceperat, et postea vertit in rem patris; nempe dicunt quod J. C. per haec verba, *si non sic accepit*, hoc velit, si non in rem patris, sed in suam acceperit: verum quamvis prima facie haec verba videantur sic posse accipi, non tamen hic eorum sensus est, sed J. C. per haec verba, *sed et si ab initio non sic accepit*, hoc intelligit, si non nominatim in usus patris acceperit, sed simpliciter acceperit, seu si non dixerit in quos usus acceperit, tuncque, ait, cessare S.C., quodque sic illa verba capienda sint, patet ex ratione, quam allegat, *intelligendum est ab initio sic accepisse, ut in rem verteret*: jam autem, quomodo posset intelligi in rem patris ab initio accepisse, in supposito quod nominatim in usus suos accepisset, cum tunc de contrario constet, et praeterea ille, qui nominatim in usus filiifamilias dedit, non potest fingi in rem patris mutuum dedisse, nulla enim aequitas militat, quae hanc fictionem suadet, e contra creditor poenam meretur, cum contra leges deliquerit.

Obj. Si J. C. in verbis, *sed et si ab initio*, tractaret casum, ubi filiusfamilias simpliciter mutuum accepit, bis idem decideret; casum enim illum jam tractaverat in primis verbis §, nempe in illis *proinde etc.* R/. Falsum est, quod in primis verbis tractet de casu, ubi filiusfamilias simpliciter mutuum acceperat, nam in illis tractat casum, ubi nominatim in usus patris acceperat, et in verbis sequentibus *sed et si ab initio etc.* incipit tractare casum, ubi ab initio simpliciter accepit, sic non bis eundem casum decidit, sed duos diversos: quod autem in primis verbis tractet casum de mutuo nominatim in usus patris sumpto, patet ex ratione quare dicit cessare S. C. in illo casu *patri enim, non sibi accepit*, pro casu autem, quem tractat in verbis *sed et si etc.*, non allegat rationem quod patri acceperit, sed quod intelligatur patri accepisse. Verum itaque maneat, quod si pecunia ab initio mutuo data sit nominatim in usus filiisfamilias, S. C. locum habeat, sive in rem patris postea versa sit, sive non, quod magis est, licet nummi adhuc extarent in peculio filiifamilias, non tamen creditor actionem haberet (*L 9 § 2 ff. h. t.*), ubi dicitur *non interesse an nummi consumpti sint, an extent in peculio*; jam autem si consumpti essent, nullam certe actionem haberet creditor. Sed quamvis creditor, obstante S. C., non possit agere ex mutuo, licet nummi sint versi in rem patris, vel adhuc extent in peculio, numquid saltem his casibus creditor poterit agere condictione ex lege, ea ratione, quod non debeat pater, vel filius cum ejus jactura locupletari? Hoc quidem contendit Huberus, sed verius est nulla condictione posse agere creditorem, nam J. C. in *L. 9 § 2 ff. h t.* insinuat non interesse, an consumpti sint nummi, vel extent in peculio; dicit enim *si autem consumpti essent, nullam condictionem haberet creditor*: praeterea, si condictio ex lege daretur creditori, tunc una lex aliquid concederet, quod altera denegat, quod non est praesumendum, et licet pater, aut filius fiat locupletior cum jactura creditoris, nihil in eo iniqui; hoc enim in poenam creditoris est, ut saepe contingit quod quis locupletior fiet cum jactura alterius, legibus hoc ita in alicujus poenam statuentibus: sic, qui furtum passus est a fure ultra rem ablatam consequitur duplum vel quadruplum, et sic locupletior fit cum jactura furis, in quo tamen nihil est iniqui.

Obj. Si quis pecuniam mutuam det pupillo sine tutoris auctoritate, quamvis mutuum sit nullum, ita ut nullo modo ex eo teneatur pupillus, tamen

Digitized by Google

si ex eo mutuo pupillus sit locupletior factus, eatenus convaniri potest, proptorea quod non sit aequum ut locupletetur cum jactura alterius. R. Disparitas est, quod sit non prohibitum dare mutuum pupillis patribusfamilias, quod vero mutuum sine tutoris auctoritate sit nullum, hoc unice est in favorem pupilli, ne laedatur ex suo contractu, sed ut damnum ab eo avertatur; quando itaque pupillus ex mutuo lucrum facit, aequum est ut eatenus teneatur, sed mutuum filiofamilias datum est contra S. C., quod in poenam creditorum, non in favorem filiorumfamilias est latum, adeoque nihil iniqui in eo quod creditor puniatur, licet filius aut pater ex eo lucrum faciat.

§ XVIII.

Sexto cessat S. C., si quis mutuum dederit filiofamilias a domo paterna absenti, in causam necessariam talem, in quam pater pecuniam verosimiliter non denegasset aut denegare non potuisset, ut puta si studiorum vel legationis causa absenti io causam necessariam mutuum dederim (*L.* 5 *cod. h. t.*), quodammodo tunc pecunia ista in rem patris versa videbitur. Ut autem ex hoc capite S. C. cesset, requiritur ut creditor probabilem modum non excesserit, id est ut non plus crediderit, quam opus erat, vel quam pater in eam causam subministrare solebat (*L.* 7 § 13 *ff. h. t.*), aut si de eo non constet, non fuerit equidem egressus modum, quo filiisfamilias illius conditionis, qualitatis et opulentiae subministrari solet, et praeterea ut in eam causam revera versa sit pecunia, ita ut non sufficiat quod in eam fuerit accepta, juxta ea quae jam diximus.

§ XIX.

Tandem septimo cessat, si filiusfamilias postquam paterfamilias factus est, renuntiet S. C., aut debitum ex mutuo contractum agnoscat, quod contingit, dum v. g. pignus pro eo dat aut fidejussorem, vel etiam dum novat (*L.* 2 *cod. h. t.*), modo tamen non errore facti id faciat, nam si v g. novat debitum ex mutuo contractum putans se eo efficaciter teneri, idque errore facti, eum putaret patrem jam inde mortuum esse tempore quo mutuum acceperat, adeoque se jam eo tempore fuisse sui juris, non cessabit exceptio (*L. ult. ff. h. t.*).

Quod si filiusfamilias paterfamilias factus partem debiti solverit, verius est pro parte restante non cessare S. C., quia si cessaret pro parte non soluta, id deberet esse quia per solutionem partis videretur renuntiasse in totum S. C.; jam autem id dici nequit, nam renuntiatio tacita, qualis haec esse deberet, non potest erui nisi ex facto, quod evidenter importat renuntiationem, nec etiam extendi ultra id quod per hoc factum importatur, strictae enim interpretationis sunt renuntiationes: jam autem factum, quod hic fuit positum est solutio, ista autem solutio habet quidem relationem cum eo quod solutum est, sed nullam habet relationem cum alia parte, quae non solvitur, non potest ergo ex illo facto erui renuntiatio pro parte non soluta; adeoque pro ea parte S. C. adhuc locum habebit, quod non tantum verum est, quando solvit partem, ut totum, dicens se nolle plus solvere, sed et dum solvit partem simpliciter ut partem, dicens v. g. se 100 mutua accepisse, et se solvere 50 ex illis. Id etiam probatur ex *L.* 9 *ff. h. t.*, ubi dicitur: quod si filiusfamilias paterfamilias factus pignus dederit pro debito ex mutuo contracto, S. C. cesset usque ad valorem rei pignori datae; ergo multo magis in casu nostro tantum cessare debet pro parte soluta, nam qui pignus dat, confirmat debitum, et qui simpliciter pignus dat, pro toto debito illud obligare censetur, ubi solutio partis afficit tantum partem, quae solvitur.

Obj. Dum filiusfamilias mutuum accepit, et pater ejus, illo mortuo, partem ut partem solvit, S. C. in totum cessat (*L.* 7 § 15 *ff. h. t.*); ergo etiam, dum filiusfamilias paterfamilias factus partem solvit, in totum cessare debet. R. Disparitas est, quod pater possit habere ratum mutuum filio datum, et efficere ut ab initio locus non fuerit S. C., dum autem partem solvit ut partem, seu dum incipit solvere, ut loquitur *L.* 7 § 15 *ff. h. t.*, in totum ratum habet: sed filiusfamilias non potest ratum habere mutuum, licet paterfamilias factus sit; ut enim quis possit negotium aliquod ratum habere, debet tale esse, ut ab initio ab ejus voluntate dependeat, non autem dependebat a filiofamilias utrum ab initio locus esset S. C. necne, totum ergo quod facere potest, est renuntiare, dum paterfamilias factus est. Sed quare, sicuti dum pater partem solvit, ista solutio involvit ratihabitionem totius debiti, ita etiam solutio partis a filiofamilias facta, dum paterfamilias factus est, non involvit renuntiationem S. C. in totum? Ratio disparitatis est, quod uterque quidem tam pater, quam filius solvendo partem approbet mutuum, sed eum hae differentia; quod approbatio patris faciat cessare exceptionem, dum enim pater approbat, est idem ac si ab initio mandato patris contractum fuisset mutuum; ast approbatio filii non facit cessare exceptionem, et quamvis diceremus illam retrotrahi ad initium, nil aliud sequeretur, quam quod ab initio contractum sit voluntate filiifamilias, hoc autem non potest exceptionem impedire, et sic v g. dum filius approbat, non ideo fidejussores privantur exceptione; secus autem, dum pater approbat.

Sed numquid qui partem solvit tamquam partem, totum debitum agnoscit, pars enim sine toto concipi nequit? Hoc verum est, sed sola agnitio debiti non aufert ipsi exceptionem, sed debet esse talis agnitio, quae renuntiationem involvit; sic

Digitized by Google

v. g. quando ex nudo pacto obligatus sum, licet agnoscam me ita esse obligatum, non tamen propterea aetio contra me dabitur.

Obj. Si quis chirographum emiserit, quo fassus est se mutuam pecuniam accepisse, quam non accepit, solverit tamen partem ejus pecuniae, quoad aliam partem non potest amplius opponere exceptionem non numeratae pecuniae (*L.* 4 *cod. de non numer. pec.*); ergo etiam in casu non potest opponi exceptio pro parte non soluta. ℟. Disparitas est quod exceptio non numeratae pecuniae fundetur in praesumptione, quod numerata non sit, jam autem qui solvit partem illius pecuniae, agnoscit fidem sui chirographi, sic non mirum quod non amplius audiatur, si pro altera parte adhuc velit opponere sibi pecuniam non esse numeratam, nam si ea non esset numerata, certe partem ejus non solvisset; sic non admittitur exceptio, non propterea quod ei renuntiaverit, sed ideo, quia fidem chirographi sui agnovit: sed in nostro casu agitur de eo, an debeat admitti exceptio pro parte non soluta propterea quod ei renuntiatum sit, dicimus autem ei renuntiatum non esse.

Obj. *L.* 7 § *ult. ff. h. t.*, ubi dicitur: *si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit senatusconsultum, nec solutum repetere potest.* ℟. Sed illa verba sic sunt exaudienda, quod S.C. cesset pro parte soluta; poterat enim dubitari an sicuti mulier, quae S. C. Vellejano tuta per errorem solvit, repetere potest, ita etiam filiusfamilias quod solvit paterfamilias factus repetere possit? Quod negat J.C. per verba *cessabit senatusconsultum*. Adeoque illis verbis vult tantum cessare quoad partem solutam; sed si verba *cessabit etc.* significent ibidem, quod cessat quoad partem solutam, numquid S. C. bis idem dixisset, nam paulo post ait, *nec solutum repetere potest?* Ad hoc dicendum quod per verba *nec solutum repetere potest* explicet quid intellexerit, quando dicebat *senatusconsultum cessare*, ita ut verba haec contineant tantum explicationem priorum, ut sensus sit, cessabit senatusconsultum, id est repeti non poterit.

Obj. adhuc quod *d. L.* 9 sit conjungenda cum § *ult. L.* 7, cum utraque sit ejusdem Ulpiani, ex eodem libro, jam autem J. C. casum, quem tractat in *L.* 9 opponit casui, quem tractavit in *L.* 7 § *ult.*; ait enim *sed et si etc.*, quae verba oppositionem involvunt; atqui in casu *L.* 9 S. C. non cessat in totum, sed tantum pro parte, scilicet quantitate pignoris: ergo in casu *L.* 7 § *ult.* voluit J. C. quod in totum cessaret. Ad hoc respondetur quod in *L.* 9 loco *sed* legendum sit *sed et*, tunc nulla oppositio erit inter duos casus, sed potius connexio: in ista autem emendatione admittenda nulla difficultas facienda est, constat enim in jure saepe *sed* poni pro *sed et*, et vice versa, quod contingere potuit ex abreviationibus, quibus veteres utebantur, et quas ignorabant copistae.

Si autem filius jurasset se non usurum exceptione, non obstante eo adhuc paterfamilias factus ea uti poterit; nec obstat quod juramentum sit servandum, quoties potest sine detrimento animae jurantis et praejudicio tertii, cum hic vertatur in praejudicium tertii, scilicet patris, in cujus favorem S. C. hoc factum est, et adversetur bonis moribus.

LIBER QUINTUS DECIMUS

—

TITULUS I.

DE PECULIO.

TITULUS II.

QUANDO ACTIO DE PECULIO ANNALIS EST.

TITULUS III.

DE IN REM VERSO.

TITULUS IV.

QUOD JUSSU

Juncto TITULO V. lib. praecedentis

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICETUR.

Titulo praecedenti filium familias naturaliter et civiliter ex suis contractibus obligari vidimus; integer jam hic liber, juncto titulo quinto libri praecedentis, qualitatibus obligationum filiorumfamilias adjectis occupatur, scilicet, quamvis filiifamilias ex contractibus, quos ineunt tempore, quo in potestate sunt, conveniri possint, executio tamen horum contractuum differri debebat usque dum sui juris fierent: quod si postea emancipati, exheredati, vel in minima parte hereditatis instituti essent, aut etiam ab hereditate paterna se abstinerent, quoniam tunc exiguum soleret esse eorum patrimonium, praetor illis indulsit beneficium competentiae (*L.* 2 *ff. h. t.*), et ibi est tota materia tituli *Quod cum eo etc.* Praeterea, contractibus filiorumfamilias sicuti servorum adjectae fuerunt qualitates; primo, *de peculio*, quando scilicet ii, qui in potestate sunt, *consentiente patre vel domino*, contraxerunt, pater vel dominus tenetur peculio tenus, id est tenetur creditoribus satisfacere in quantum, deducto quod sibi debetur, in peculio est, quae actio perpetua est, quamdiu in potestate patris vel domini sunt (*toto tit. de peculio.*), annalis vero, si patria potestas vel dominica solvatur, id est, quod adhuc duret anno post dimissionem e potestate (*toto tit. quando de peculio actio annalis est*). Secundo, *de*

in rem verso, quando *patre vel domino inscio* contraxerunt, et pecuniam aut quid aliud ex contractu quaesitum in rem patris vel domini impensum est utiliter, quamvis postea utilitas illa casu intercepta sit, scilicet, cum iniquum sit alterum cum alterius damno locupletari, quoties versum erat in rem patris vel domini, potius cum iis, quam cum filio servove contractum videbatur (*toto tit. de in rem verso*). Tertio, *quod jussu*, quando scilicet jubente patre vel domino contraxerant, datur adversus dominum vel patrem actio in solidum dicta *quod jussu*.

LIBER SEXTUS DECIMUS

—

TITULUS I.

AD SENATUS-CONSULTUM VELLEJANUM.

§ I. Quid hoc S. C. cautum fuerit.
§ II. An mulieribus etiam prohibitum est pro aliis solvere.
§ III. Quandonam mulier dicitur intercedere.
§ IV. Quid si mulier fundum suum vendat, ut pretium alteri donet.
§ V. Exponitur *L.* 19 *ff. h. t.*
§ VI. Exponitur § 2 *ejusd. L.*
§ VII. Quomodo mulieri succurratur.
§ VIII. Si quis una cum muliere fidejubeat, an habebit beneficium divisionis.
§ IX. Quibus competit exceptio Vellejani.
§ X. Quomodo subvenitur creditori, quando mulier utitur sua exceptione.
§ XI. Quandonam cessat Vellejanum.
§ XII. Explicatur *L.* 17 *ff. h. t.*
§ XIII. Quid si mulier pecuniam mutuam sumat in rem communem, an, si conveniatur pro tota summa, poterit uti exceptione.
§ XIV. Quid si mulier aliquid acceperit, ut intercedat.
§ XV. Quid si mulier intercesserit decipiendi animo.
§ XVI. Quid si pro manumissione, vel minore fidejusserit.
§ XVII. Quid si post biennium suam intercessionem repetierit.
§ XVIII. An mulier renuntiare potest huic exceptioni.

§ I.

Sub imperatoribus Augusto et Claudio prohibitum fuit mulieribus ne pro maritis suis intercederent (*L.* 2 *ff. h. t.*): postea hoc S. C. illa prohibitio extensa fuit, adeo ut pro nemine mulieres intercedere possent, tum quia intercessio virile potius officium apud Romanos, saltem in intercessionibus, quae pro more eorum in judiciis fiebant, reputaretur, tum quia propter sexus imbecillitatem facile ad intercedendum inducerentur mulieres, sperantes eum, pro quo intercedebant, soluturum, vel si pro eo solvere coactae essent, facile se ab eo recuperaturas esse, verbo, quia non videbant periculum, cui se exponebant (*L.* 1 § 1, *L.* 2 § 1 *ff. h. t.*).

§ II.

S. C. hoc mulieribus donare aut solvere pro aliis non prohibuit; non enim omne damnum a mulieribus avertere voluit, sed illud tantum quod ex intercessione oritur, cui damno mulieres facile se exponere illo aevo compertum erat, eo magis quod in intercessione damnum, utpote remotum, non praeviderent, sed in donatione aut solutione pro alio damnum est praesens; nempe mulier tunc statim res suas amittit, quae ratio efficit, ut sponte a donando vel solvendo se abstineant, usque adeo necesse non fuerit eis hoc prohibere, cum in illis tenaciores esse soleant, quam masculi (*L.* 4 § 1, *L.* 21 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 1 *cod. h. t.*). Haec ita, si sine intercessione mulier pro alio solverit, aut si intercesserit quidem, sed sciens se non teneri, solverit, ast si per errorem, putans se teneri, solverit, condictione indebiti repetere poterit (*L.* 9 *cod. h. t.*). Ex eadem ratione S. C. locum non habet, dum creditori suo mulier proprium debitorem delegat (*L.* 5, *L.* 8 § 5 *ff. h. t.*); delegatio enim illa pro solutione est, nam nomen debitoris sui per delegationem in solutum dat isti creditori loco ejus quod ei debetur, adeoque idem est ac si pro alio solverit, hoc tamen iterum ita intelligendum est, nisi mulier intercesserit et putans se teneri ex intercessione, loco solutionis deleget debitorem suum ei, apud quem intercessit, nam tunc condicere poterit actionem quam cessit.

§ III.

Dicitur autem mulier intercedere, quoties obligationem alterius in se suscipit, sive eam in se transferat, sive participet tantum: tunc enim quasi mediam se ponit inter debitorem et creditorem, quod proprie per verbum *intercedere* importatur, vel suscipit in se veterem obligationem alterius, ut dum expromittit id quod alter debet, vel dum fidejubet pro obligatione alterius, vel res suas obligat pro alio, dum alterum in judicio defendit etc., vel novam obligationem in se suscipit, ut dum alteri mandat ut pro alio intercedat, vel ut alteri pecuniam credat, aut etiam ipsa pecuniam sumit, ut alteri det mutuam, his omnibus casibus, obligata non est (*L.* 2 § 4 *ff. h. t.*, *L.* 4 *cod. h. t.*). Nec distinguendum est pro quo intercesserit; nam nequidem pro conjunctis sibi personis intercedere potest, nec pro marito, liberis, patre etc. (*L.* 3 *et* 8 *cod. h. t.*).

Notandum autem, quod dum mulier mutuatur pecuniam pro altero, seu ut alteri credat, qui forte ipse mutuam pecuniam reperire non poterat, aut pro alio contrahit, distinguendum sit utrum sciverit creditor eam pro alio contrahere,

an ignoraverit, ut, priori casu S. C. locum habeat, non vero posteriori (*L.* 11, *et* 12 *ff. h. t*); ratio est, quod si hoc posteriori casu S. C. obtineret, nemo cum mulieribus contrahere vellet, semper enim timerent homines, ne pro alio contraheret mulier, et sic in effectu senatus exclusisset mulieres a contractibus, quae tamen non fuit mens senatus, cum alias mulieribus potius noceret, quam prodesset.

Huc spectat *L.* 28 § 1 *ff. h. t.*, ubi proponitur: quod vir fundum uxoris suae obligasset Sempronio pro certa summa pecuniae, postea mulier mutuam pecuniam accepit a Numelio, ut ea mediante solveret creditori mariti, seu Sempronio. Dicit J.C. quod si Numelius scivert, quod mulier ad illum usum pecuniam acceperit, repelli possit exceptione S. C.: quod si ignoraverit, S.C. cesset, quia nihil hoc casu imputari potest Numelio, non enim ejus erat inquirere ad quid mulier pecuniam illam acciperet, e contra praesumere debebat eam nolle contravenire S. C. Huic tamen graviter obstat *L.* 13 *cod. h. t.*, ubi mulier mutuam pecuniam in usum mariti acceperat, eaque pecunia revera in usum mariti processerat: rescribunt Impp. quod S. C. cesset, licet creditor causam contractus non ignoraverit, sic non distingunt Impp. inter creditorem scientem et ignorantem. ℟. Quod illa lex sit rescriptum, quo rescribunt Impp. ad casum sibi propositum, qui, qualis fuerit, non constat; unde ne illa lex contradicat evidenter legibus Digestorum, dicendum quod mulier ibidem mutuam pecuniam sumpserit, ut marito suo donaret, vel ejus creditori solveret donandi animo, seu animo non repetendi a marito, tuncque non potest dici intercedere, sed simpliciter donare, mulieri autem donanti non succurritur (*L.* 4 § 1 *ff. h. t.*); unde hic casus est omnino diversus a casu, ubi mulier mutuam pecuniam sumit, ut alteri credat, aut ut creditori alterius solvat animo repetendi ab eo, pro quo solvit.

§ IV.

Ex dictis sequitur etiam, quod si mulier fundum vendat, ut pretium ex venditione redactum alteri donet, aut cum eo solvat creditori alterius cum animo donandi, cesset S. C. (*L.* 4 *in fine cod. h. t.*): huic tamen obstare videtur *L. ult.* § 2 *ff. h. h.*, ubi proponitur, quod maritus v. g. Titio 100 deberet, uxor Titio fundum vendidit 100 ea lege, ut maritus liberetur, seu ut pretium fundi Titius compenset cum 100 a marito sibi debitis. Dicit J. C. locum esse S. C., adeoque posse mulierem fundum suum vindicare a Titio; et si is opponat exceptionem rei venditae et traditae, mulierem replicare posse venditionem hanc factam esse contra S. C. Sed ad hanc legem videtur responderi posse, quod ibi agatur de fundo, quem mulier pro mariti debito pignori obligaverat, putansque eum recte pignori obligatum esse creditori vendiderat, sicque venditio facta erat in consequentiam intercessionis quam fecerat, adeoque non mirum quod S. C. in illo casu locum habeat, eodem modo ac si putans, se ex intercessione teneri solvisset: quod autem de tali casu ibi agatur, videtur posse probari ex § 1 *ejusd. L.*, in quo J. C. tractat de fundo a muliere pignori obligato pro marito, cum autem § 2 immediate subjiciatur, videtur in eodem supposito continuare.

Varii etiam sunt casus, in quibus mulier prima facie intercessisse videtur, et revera tamen non intercessit; pro quo notandum quod, toties mulier dici nequeat intercedere, quoties id quod promittit a nemine recuperare potest, nam tunc donare et perdere voluit: praeterea non potest etiam dici intercedere, quoties promittit alteri aliquid, quod illi a nemine debetur, nam cum tunc nemo ad id obligatus sit, non potest dici mulier se mediam interposuisse obligationi duorum.

§ V.

Huc spectat *L.* 19 *ff. h. t.*, ubi supponitur, quod tutor alicujus pupilli mortuus esset, relicto Titio herede; cum autem tutela a defuncto diceretur male administrata, Titius, timens ne ex eo damnum sentiret, dubitabat an hereditatem adire vellet, necne; mater autem pupilli, ut eum induceret ad hereditatem adeundam, promisit eum indemnem servare, si, propter male administratam tutelam, damnum sentiret, qua promissione allectus Titius adivit: postea apparuit tutelam male gestam fuisse, eoque nomine conventus Titius aggreditur matrem ex sua promissione: illa se defendit S. C. Vellejano. Quaeritur an recte? Respondit J. C. locum non esse S. C., idemque foret, si Titius dubitaret de adeonda hereditate, propterea quod eam obaeratam crederet, mulierque indemnitatem ei promisisset: ratio est, quod mulier non possit dici intercessisse, intercessio enim supponit duas personas, inter quas intercedatur, mulier autem hic promisit Titio indemnitatem, hocque in favorem ipsius Titii, jam autem non potest intelligi quod quis pro eodem apud eundem intercedat, praeterea, ut jam diximus, non est intercessio, quando mulier promittit alicui quod illi a nemine debetur, nec debebitur, nullus autem in casu indemnitatem Titio debebat, et sic mulier promittens indemnitatem non potest dici intercedere: deinde mulier, id quod solvit Titio ratione indemnitatis ei promissae a nemine recuperare potest, et ita ex ea ratione etiam intercessio non est.

Obj. Si mulier promisisset pupillo indemnitatem, eo nomine conventa, posset uti exceptione Vellejani; ergo etiam dum Titio indemnitatem promisit. ℟. Disparitas est, quod in casu objecto mu-

lier vere intercedat, nam indemnitas debetur pupillo a Titio tutoris herede, sic mulier, indemnitatem pupillo promittendo, suscipit in se obligationem Titii. Sed in nostro casu indemnitas, quam Titio mulier promisit, a nemine debebatur, adeoque non potest dici mulierem alicujus obligationem in se suscepisse: nec ad rem facit, quod mulier in casu nostro aeque damnum patiatur, imo forte majus quam in casu objecto, nam non voluit senatus omne damnum a mulieribus avertere, nec omnino praecavere ne laedantur, sed tantum a damno, quod ex intercessione oriri posset, jam autem in casu mulier non sentit damnum ex intercessione, cum non intercesserit.

Obj. *L.* 19 § 1 *ff. h. t.*, ubi proponitur: quod Titius dubitaret de adeunda hereditate, propterea quod debitores hereditarios non satis idoneos crederet, et sic timeret ne in damno haereret, mulier promisit, se, quod a debitoribus consequi non posset, praestituram: dicit J. C. quod intercedere videatur mulier; ergo etiam in vestro casu debet diei intercessisse. Sed disparitas est, quod in casu objecto mulier promiserit Titio quod post aditam hereditatem deberetur a debitoribus hereditariis, adeoque obligationem alienam in se suscepit.

Obj. *L.* 6 § 1 *cod. h. t.*, ubi proponitur: quod aliquis datus esset subtutor pupillo, qui justam excusationis causam habebat; ille, eum timeret ne ex tutela gerenda damnum sentiret, excusare se volebat: mater pupilli, ut eum induceret ad tutelam auscipiendam, indemnitatem ei promisit: decidit Imp. quod S. C. locum habeat; ergo in vestro casu etiam videtur habere locum. R. Quod in specie istius legis tutori indemnitatem promiserat ratione ejus, quod tutor pro pupillo expenderet, seu ratione ejus, quod pupillus ex tutelae gestione debere posset tutori, qui ideo excusare se volebat, quia timebat ne expensas, quas in tutela facere deberet, recuperare posset: mulier autem ad ipsum inducendum ut tutelam susciperet, ipsi eo nomine indemnitatem promisit; quo casu sane intercessit, nam in se suscepit id quod pupillus debiturus esset tutori. Quod autem de tali casu loquatur Imp. patet ex eo, quod tantum ex duplici capite damnum ex tutelae gestione timere posset, nempe, quia male gereret tutelam, vel quia illa, quae expenderet, recuperare non posset a pupillo; jam autem verosimile non est, quod mater promiserit ei indemnitatem ratione tutelae male gerendae, nam alias quandoque invitaret tutorem ad male gerendum; restat ergo ut in alterum casum se obligaverit.

§ VI.

Quid si Titio dubitanti de adeunda hereditate eo quod male gesta tutela crederetur, mulier simpliciter indemnitatem promiserit, Titius hereditatem adeat, et postea hereditas sit damnosa, non propter male gestam tutelam, sed quia debitores hereditarii insolvendo sint? R. J. C. in *L.* 19 § 2 *ff. h. t.*, et dicit Titium posse convenire mulierem ex sua promissione: ratio est, quod licet timeret Titius adire hereditatem, quia eam crederet damnosam, propterea quod tutelam male gestam opinaretur, haecque opinio praebuerit occasionem promissioni a muliere de indemnitate factae, cum tamen mulier simpliciter et indeterminate promiserit, nec promissionem restrinxerit ad causam qua propter male gestam tutelam damnosa esset hereditas, dicendum est: quod se obligaverit ad indemnitatem praestandam, ex quacumque causa damnum evenire posset, adeoque etiam si hereditas damnosa sit, mulierem ex sua promissione teneri, nec poterit recurrere ad S. C.; nam iterum non intercessit, eum obligationem alterius in se non susceperit; ut enim hoc dici posset, debebret saltem animo se retulisse ad alterius obligationem; jam autem dum indemnitatem promisit, ne quidem verosimiliter cogitavit de debitoribus hereditariis, nec de illis ulla mentio facta est: sic ejus promissio nullam relationem habet cum obligatione debitorum hereditariorum, adeoque non potest dici intercessisse pro illis, nec etiam dici potest quod idem promisit, quod ipsi debebant, nam indemnitatem promisit ex quacumque causa damnosa esset hereditas; illa autem indemnitas a nemine debebatur heredi.

Ex dictis patet etiam ratio decisionis *L.* 8 § 1 *ff. h. t.*, ubi tutores pupilli volebant distrahere praedia ad pupillum pertinentia; mater, ut hoc impediret, indemnitatem promisit: decidit iterum J. C. quod non intercesserit; debet supponi quod tutores ideo distrahere vellent, quia putabant illa praedia non esse utilia pupillo, forte quod exiguus redditus ex iis perciperetur, ubi aliunde magnam summam debebat pupillus sub gravibus usuris, quam solvere non poterant tutores; unde, cum in immensum crescerent usurae, timebant tutores ne tenerentur actione tutelae, si praedia non distraherent, quo casu mater indemnitatem eo nomine promittens non suscepit in se obligationem alterius, adeoque non potest dici intercessisse. Aliud foret, si praedia distrahere tutores vellent, propterea quod pupillus eis pecuniam deberet, nam tunc indemnitatem eis promittens, pro pupillo intercedere videretur.

§ VII.

Videamus quomodo senatus succurrat mulieri intercedenti: diximus, datam esse exceptionem si conveniatur ex sua intercessione, ita ut stricte quidem conveniri possit mulier, sed agentem exceptione repellere potest, adeoque in effectu non te-

Digitized by Google

netur; naturalem enim obligationem senatus sustulit; unde si solvat ex intercessione, poterit repetere tamquam indebitum, modo per errorem solvat, nam si sciens se non teneri solverit, repetere nequit, cum qui scienter indebitum solvit donare videatur; hinc si quis pro muliere intercedente fidejubeat, licet sit talis fidejussor, qui regressum non habet contra mulierem, v. g. donandi animo fidejusserit, non obligabitur fidejussor, non enim potest esse fidejussio, nisi concipiatur debitum saltem naturale, pro quo fidejubeatur, cum itaque senatus sustulerit obligationem naturalem mulieris, vel saltem inefficacem reddiderit, fidejussor non obligatur (*L.* 16 § 1 *ff. h. t.*), ubi reprobatur sententia Cassii, qui putabat fidejussorem teneri casu, quo regressum non haberet.

§ VIII.

Ex dictis sequitur, quod quamvis unus ex pluribus fidejussoribus, qui pro eodem debito fidejusserunt, habeat beneficium divisionis, si tamen aliquis cum muliere fidejubeat, carebit beneficio divisionis, cum enim mulier obligata non sit ex fidejussione, alter habetur ac si solus fidejussisset, jam autem dum quis solus est fidejussor, beneficium ordinis non habet (*L.* 48 *ff. de fidej.*).

Obj. Quod si major cum minore fidejubeat, licet minor contra fidejussionem suam in integrum restituatur, major tamen habet beneficium divisionis, licet in effectu post restitutionem minoris solus sit fidejussor (*L.* 48 § 1 *ff. de fidej.*). Sed disparitas est, quod minor ab initio ex sua fidejussione teneretur, sicque ab initio erant plures fidejussores, adeoque majori ab initio acquisitum fuit beneficium divisionis, quod beneficium non debet ipsi auferri propter restitutionem minoris, nam ista restitutio non contra ipsum, sed contra creditorem, apud quem fidejussit minor, impetrata fuit, sed quando quis cum muliere fidejubet, ab initio mulier obligata non fuit, sic masculo nunquam acquisitum fuit beneficium divisionis, cum ab initio ut solus fidejussor consideratus fuerit.

§ IX.

Datur itaque exceptio imprimis mulieri, item heredibus ejus (*L.* 20 *cod. h. t.*), praeterea illis qui pro mulieris intercessione fidejusserunt. Sed quid si mulier, cum sciret se intercedere non posse, alium rogaverit ut pro Titio fidejuberet, an fidejussor, qui pro Titio ex mandato mulieris fidejussit, exceptionem habet? Distinguendum est, an creditor apud quem fidejussit, sciverit eum fidejubere mandato mulieris, tunc fidejussor exceptionem habebit, fraus enim S. C. facta est, cujus fraudis creditor est particeps; quod si ignoraverit creditor, fidejussor valide obligatus erit, nec si solverit, poterit id quod solvit a muliere, quae mandavit, repetere, mulier enim mandando intercessit, adeoque non tenetur (*L. ult.* § 3 *L.* 6 *ff. h. t.*).

§ X.

Jam videamus quodnam remedium detur creditori, apud quem mulier intercessit: et siquidem non transtulerit in se obligationem alterius, v. g. si fidejusserit, aut pignus dederit, nullo remedio creditor indiget, cum habeat principalem debitorem obligatum: quod si mulier in se transtulerit obligationem alterius novam vel veterem, v. g. mutuam pecuniam sumpserit ut alteri crederet, vel pristinus debitor in consequentiam intercessionis liberatus est, jam si nullum remedium creditor haberet, in damno haereret, unde remedium ei a legibus datur, nempe si mutuam pecuniam mulier sumpserit, ut alteri crederet, mutuans non habet ex illo mutuo actionem contra illum ad quem pecunia pervenit, nam cum eo non contraxit, sed lex ex aequitate dat mutuanti contra eum utilem actionem, idque non tantum quando mulier pro alio mutuum accepit, sed generaliter quoties pro alio contraxit, ita ut semper detur utilis actio ex contractu, quem mulier inivit contra eum, pro quo contraxit, licet cum eo contractum non sit (*L.* 1 § 2, *L.* 8 § 14 *ff. h. t.*). Etenim his casibus vel actio danda erit creditori, vel permittendum ut ille alter lucrum faciat cum jactura creditoris; aequius ergo erat actionem dare, nam magis is, pro quo contraxit mulier eam decepit, quam creditor; induxit enim mulierem ad contrahendum pro se: nec hoc casu creditor, ut agat contra eum, exspectare debebit donec mulier exceptionem opponat, nam mulier ab initio ipso jure illam exceptionem habet, et cum effectu conveniri nequit; sic non est ratio cur creditor exspectet.

Quod si mulier veterem obligationem in se susceperit, ita ut vetus debitor in consequentiam intercessionis liberatus fuerit, actio extincta de novo restituitur creditori contra veterem debitorem: quando autem mulier simpliciter novat, vel expromittit pro alio, cum in effectu nulla sit novatio, non videtur pristinus debitor per eam liberatus, unde etiam hoc casu non videtur opus esse actionem contra eum restituere; leges itaque quae dicunt actionem restitui, videntur supponere, non tantum novatum fuisse a muliere, sed etiam per creditorem acceptolatum fuisse priori debitori, quo casu, cum per acceptilationem liberatus sit debitor, restitutione opus est, et certe *L.* 8 § 7 *ff. h. t.* hujus acceptilationis mentionem facit. Sed an ipso jure haec actio restitutoria competit creditori contra pristinum debitorem, an vero per viam restitutionis in integrum impetrari debet? Et verius videtur eam ipso jure competere creditori, simpliciter enim leges dicunt *pristinam dari actionem*

(*L.* 1 § 2, *L.* 8 § 2 *ff. h. t.*), sic indicare videntur eam ipso jure dari; et *L.*24 § 2 *ff. h. t.* dicit, statim eam dari, quae vera non essent, si opus esset restitutione: praeterea causae restitutionis in integrum a jure definitae sont, nec inter illas refertur intercessio mulieris. In vanum aliqui dicunt restitutionem hic dari ex clausula generali edicti praetoris, quod habetur in *L.* 1 § 1 *ff. ex quib. caus. maj.*, in verbis *si qua alia justa mihi causa esse videtur*. Per illa verba enim non vult praetor dicere se ex omni causa, quae justa videbitur, daturum restitutionem, sed illa verba restrinxit ad causas absentiae, ut ait Ulp. in *L.* 26 § 9 *ff. eod.*; multum autem interest, an dicamus creditori competere actionem contra pristinum debitorem ipso jure, an vero per remedium restitutionis in integrum: notum enim est, quod restitutio in integrum de jure Romano tantum possit peti intra quadriennium, ubi actiones personales durant triginta annis.

Obj. quod haec actio vocetur *restitutoria*, item *rescissoria* (*L.* 8 § 9 *ff.*, et *L.* 16 *cod. h. t.*). Sed R. quod ita vocetur, non a modo agendi, sed ab effectu, quem habet, quia nempe per illam actionem creditor idem consequitur, ac si prior actio numquam fuisset extincta, et quod per eam rescindatur liberatio quam creditor acquisiverat, ita tamen ut ipso jure vi S. C. hanc actionem habeat creditor.

Obj. *L.* 16 § 1 *ff. h. t.* ubi dicitur, *quod a praetore restituatur prior debitor creditori*. Sed R. Notandum esse omnem actionem apud Romanos exponi apud praetorem ab eo, qui in jus adversarium vocare volebat, tum praetor examinabat an actionem haberet, quo casu dabat judicem pedaneum, qui de jure ejus cognosceret, quod si praetor videret actorem non habere actionem, repellebat eum, actionemque denegabat, nec judicem dabat: et sic hoc sensu potest dici, quod praetor actionem det, et eo sensu J C. in *d. L.* 16 dicit praetorem restituere actionem, quatenus nempe permittit agere contra pristinum debitorem; itaque actionem hic dat praetor tamquam minister legum, non vero tamquam in integrum restituens; eodem modo J. C. dicit in *L.* 29 *ff. h. t.* praetorem actionem dare contra eum pro quo mulier mutuum sumpsit, quod certe non contingit per viam restitutionis in integrum.

Restituitur autem actio creditori non tantum in veterem debitorem, sed in omnes eos qui occasione intercessionis a muliere factae liberati sunt, ut in eos qui pro vetere debitore fidejusserunt (*L.* 14, *L.* 20 *ff. h. t.*); nec ut agat creditor contra veterem debitorem expectare debet donec mulier opponat exceptionem, quoniam cum effectu mulier ab initio obligata non est, hinc licet intercessio mulieris sub conditione foret vel in diem, etiam pendente conditione, vel ante diem poterit creditor agere, cum certum sit mulierem obligatum non iri, licet conditio existat (*L.* 13 § 2 *ff. h. t.*): cessat tamen quandoque haec actio restitutoria v. g. si mulier, quae intercesserat, solverit, ita ut repetere non possit, quod contingit dum sciens se non teneri solvit. Quod si mulieri, quae intercesserat, acceptotulerit creditor, non impeditur contra pristinum debitorem agere (*L.* 8 § 9 *ff. h. t.*); acceptilatio enim illa est prorsus sine effectu, cum per eam tantum sublata sit obligatio mulieris, quae de se inanis erat, et quamvis dicatur acceptilationem loco solutionis esse, hoc verum tantum est quando vero debitori acceptofertur: sic etiam, licet creditor existat heres mulieri quae intercessit, non denegabitur ei actio contra veterem debitorem, quia, cum successit ei quae cum effectu obligata non erat, non potest illa hereditatis aditio habere vim verae confusionis, qualis contingit dum creditor suo debitori succedit (*L.* 8 § 12 *ff. h. t.*).

§ XI.

Restat videre casus, ubi S. C. cessat: et primo cessat quando mulier in rem propriam intercedit, tunc enim proprium negotium revera gerit, non alienum (*L.* 3 *ff. h. t.*) v. g. dum mulier intercedit pro eo, qui, si solvere cogeretur, regressum haberet contra mulierem, ut si hereditatem ab aliquo mulier emerit, et venditor qui, non obstante venditione, heres manet, conveniatur a creditoribus hereditariis, ipsa autem se soluturam promiserit, etenim hoc casu si venditor cogeretur solvere, posset id repetere a muliere emptrice hereditatis, et sic pro eo intercedendo revera proprium negotium gerit, idemque est, dum pro fidejussore suo, qui ex fidejussione convenitur, intercedit. Sic etiam, si mulier debitrix passa sit sese delegari a creditore suo creditori quem is habebat, cessat S. C., quia in rem propriam intercessit, ut v. g. mulier debet 100 Titio, Titius 100 Maevio, Titius delegat mulierem debitricem suam suo creditori Maevio; clarum est quod mulier in rem suam intercesserit, nam per hanc delegationem mulier a Titio liberatur, et illa 100, quae ante Titio debebat, incipit debere Maevio, parum autem ejus interest cui illa debeat (*L.* 24 *ff. h. t.*): si tamen mulier nihil debens Titio, tamquam debitricem suam se delegari patiatur putans se debitricem, vigabit S. C.

§ XII.

Huc spectat *L.* 17 *ff h. t.* Maritus vendiderat fundum uxori donationis causa, v. g. cum valeret 1000 vendiderat 100: habebat autem maritus creditorem, cui 100 debebat: illi creditori delegat uxorem suam tamquam debitricem ad 100: dicit J. C. mulierem tutam esse exceptione S. C. Ratio est, quod illa venditio, utpote donationis causa facta inter virum et uxorem, esset nulla, adeo-

que mulier non tenebatur ad illa 100, pro quibus emerat fundum, et consequenter cum permiserit se delegari ut debitricem ad 100 et debitrix non esset, non potest dici in rem suam intercessisse, adeoque non est ratio cur S. C. cesset.

Sed an hic non debet distingui, utrum creditor sciverit mulierem non esse debitricem mariti sui, an vero ignoraverit, sicuti distinguitur dum mulier mutuam pecuniam sumit, eam alteri creditura? Negative: ratio est, quod dum mulier mutuum sumit ut alteri credat, creditor tune negotium gerit cum sola muliere, nec negotium hoc prae se fert intercessionem, unde non est ratio quare praesumere deberet mulierem intercedere, aut quare super eo inquirere deberet, sed in casu ubi mulier tamquam debitrix mariti ab eo se delegari patitur, intercedit, unde, cum creditor sciret mulierem non posse intercedere, nisi in suam rem intercedat, ejus erat inquirere an mulier in propriam rem intercederet, seu an revera debitrix mariti esset, itaque poterit hic mulier exceptionem opponere, sive creditor sciverit eam non esse debitricem mariti, sive ignoraverit, modo tamen mulier non deceperit creditorem, nam si, cum sciret se debitricem non esse, se tamen dixerit, cessabit S. C., mulieri enim deceptae, non decipienti succurrit senatus.

§ XIII.

Quid si mulier pecuniam sumat in rem communem, et uterque obliget se in solidum, seu ad totam summam restituendam, an, si mulier ad totam summam conveniatur, pro nulla parte poterit opponere exceptionem? Distinguit J. C. in *L.* 17 § *ult. ff. h. t.* ut, si in tale negotium commune mutua pecunia sumatur, ex quo magnum damnum imminebat mulieri casu, quo pecuniam non recepisset, creditor autem dare nollet, nisi mulier in solidum se obligaret, S. C. cesset in totum, v. g. si domus communis esset inter mulierem et alium, fueritque pecunia mutuo sumpta in necessariam hujus domus reparationem, tunc enim potest dici tota summa mulieri fuisse utilis, quatenus non poterat pars ejus in domo refici, nisi etiam pars socii reficeretur; quod si talis casus non sit, tunc mulier pro parte, quae ex pecunia mutuo data ad alium pervenit, intercedens, non poterit dici rem propriam gerere, adeoque pro parte tantum cessabit S. C.

§ XIV.

Cessat etiam S. C., si mulier aliquid acceperit ad intercedendum (*L.* 23 *cod. h. t.*); tunc enim aliquo modo in rem propriam intercedit, et praeterea, cum aliquid desideret ad intercedendum, satis videt periculum cui se exponit, tantum enim Senatui propositum fuit succurrere mulieri periculum non praevidenti: nec est distinguendum, quid et quantum mulier acceperit ad intercedendum, cum *L.* 23 non distinguat, probatio tamen ejus incumbit creditori.

§ XV.

Cessat, si mulier intercesserit decipiendi animo (*L.* 2 § 3 *ff. h. t.*), v. g. si mulier sciens se non esse debitricem Titii ab eo se delegari tamquam debitricem patiatur creditori ejus putanti eam debitricem Titii esse, vel, si maritus res uxoris suae tamquam suas pignori obliget, et uxor in istam fraudem conveniat (*L.* 5 *cod. h. t.*).

§ XVI.

Cessat, si servus pro manumissione sua aliquid promittat domino, et mulier pro ista promissione intercesserit: item si fidejusserit pro eo qui dotem promisit (*L. penult. et ult. cod. h. t.*): item cessat, si mulier pro aliquo intercesserit apud creditorem minoris, majorem enim rationem leges habent minoris aetatis, quam sexus muliebris.

§ XVII.

Cessat, si post biennium a facta intercessione intercessionem confirmet, v. g. novando, pignus vel fidejussorem dando (*L.* 22 *cod. h. t.*); quod a Justiniano statutum est, cui visum mulierem per tantum tempus satis vidisse periculum, cui se exponeret fidejubendo, ut adeo, eam confirmando non videretur laesa propter sexus imbecillitatem. Haec ita, nisi pro marito intercesserit, nam tunc quandocumque renovet intercessionem, exceptione semper tuta erit, quia illecebris mariti inducta eadem facilitate intercessionem renovabit, qua ab initio intercesserit (*auth. si qua mulier*).

§ XVIII.

Tandem cessat, si mulier ei renuntiaverit, in supposito tamen quod valida fuerit ejus renuntiatio, et quamvis plerique existiment mulierem posse renuntiare S. C. sive in ipso actu intercessionis, sive ex intervallo, principiis tamen juris Romani conformius videtur non valere renuntiationem, si mulier in ipso actu intercessionis renuntiet, licet beneficii sui admonita fuerit. Ratio est, quod si mulier in ipso actu renuntiare posset, omnis vis S. C. tolleretur, semper enim eadem facilitate renuntiaret, qua intercessit, nam adduceitur ad intercedendum, quia putat se non periclitari ex sua intercessione, seu quia periculum non praevidet, mulier autem in ista opinione existens aeque facile renuntiabit, ac intercessit; sicque, si renuntiatio illa suum haberet effectum, omnia creditor apud quem mulier intercederet, renuntiationem

exigeret, adeoque S. C. inutile redderetur: praeterea mulier in ipsa intercessione renuntians, nihil aliud facit, quam ut se fortius obliget, renuntiatio enim tota ad hoc tendit ut efficacem reddat intercessionem, adeoque non ponit actum distinctum ab ipsa intercessione; cum itaque mulier propter S. C. non teneatur, nec ex illa renuntiatione, quae nil aliud est quam intercessio, teneri potest.

Obj. quod quilibet possit favori suo renuntiare, cumque exceptio S. C. sit in favorem mulierum, videtur dici debere renuntiationem valere. Sed ℞. quod quamvis, effectu inspecto, favor mulierum vertatur, ratio tamen ob quam latum fuit S. C. non est praecise favor earum, sed quia timebatur earum fragilitas et facilitas in intercedendo, adeo ut S. C., non tam ut privilegium mulieribus concessum, quam potius ut remedium contra earum fragilitatem, considerandum veniat. Sic videmus, quod quamvis restitutio in integrum, quae minoribus datur, effectu inspecto, in eorum favorem sit, non possint tamen minores ei renuntiare propter eandem rationem, scilicet quia restitutio in integrum, ut remedium imbecillitatis hujusmodi aetatis considerandum est. Nec dicas, quod ubi mulier admonita fuit sui beneficii, imbecillitas ejus cesset, nam non ideo periculum, quod est in intercessione, prospectum habet, semper enim sperat se in damno non haesuram, sed debitorem principalem soluturum, aut se ab eo recuperaturam, adeoque semper aeque facile renuntiabit, ac intercessit. Dicunt praeterea quod beneficium non tribuatur invitis; sed, ut jam diximus, exceptio S. C. non est proprie beneficium, quod si velis beneficium vocare, tunc dicemus illud beneficium ejusmodi esse, ut illi renuntiari non possit, ut de minoribus diximus.

Obj. *L.* 30 *ff. h. t.* ubi dicitur: *si decipiendi animo, aut eum sciret se non teneri mulier pro alio intercessit, exceptio senatusconsulti non datur*: ergo inquiunt saltem tunc, quando admonita fuit sui beneficii et renuntiavit, exceptione juvari non poterit, quia tunc scivit se non teneri. ℞. Quod ex hoc argumento nimis sequeretur: nimirum, quod mulieri, quae sciens sibi competere exceptionem, intercessit, deneganda sit exceptio, licet non renuntiasset, quod sane nemo dixerit: nullibi enim leges distingunt, an mulier, dum intercessit, sciat se non teneri, aut ignoraverit, sed simpliciter dicunt mulieres ex intercessione non teneri, cujus certe distinctionis mentionem facere debuissent, si inter mulierem scientem et ignorantem distinguendum foret: itaque, quod dicitur in lege objecta, non habere mulierem exceptionem S. C *si intercesserit decipiendi animo, vel cum sciret se non teneri, intercesserit*, debet accipi v. g. de hoc casu ut, si sciens se debitricem Titii non esse, a Titio se delegari passa sit creditori putanti eam esse Titii debitricem, quo casu ideo intercessit, quia sciebat se ex intercessione non teneri.

Licet autem mulier in ipso actu intercessionis renuntiare nequeat, nil tamen videtur obstare quominus ex postfacto renuntiet (*L. ult* § 4 *ff. h. t.*), ubi supponitur: quod mulier obligationem alterius novasset, creditor agere volebat contra pristinum debitorem actione restitutoria, quod cum mulier impedire vellet, paratam se dixit actionem suscipere, dicit J. C. quod si impedire vellet mulier ne contra veterem debitorem agatur, non tantum actionem ipsam suscipere debeat, sed cavere etiam se, si condemnetur, non usuram exceptione S. C. seu eidem renuntiare, alias enim exceptionem etiam post sententiam contra se latam, opponere posset: itaque ex postfacto renuntiare potest; nec distinguit J. C. an in judicio, an extra judicium haec renuntiatio fiat. Sed quare potest potius mulier ex post facto renuntiare, quam in ipso actu intercessionis? Quia dum ex postfacto renuntiat, equidem ab initio ei exceptio competiit, adeoque S. C. satisfactum est: sed ubi ab initio renuntiat, renuntiatio et intercessio unus idemque actus est; adeoque, si ex renuntiatione teneretur, ex ipsa quoque intercessione teneretur, nec unquam fuisset ei quaesita exceptio, ubi tamen S. C. voluit ei acquiri exceptionem: deinde, renuntiando ab initio, eadem facilitate renuntiaret, qua intercessit, non praevidens periculum cui se exponit, sed dum ex postfacto renuntiat, jam tempus habuit perpendendi et examinandi consequentias intercessionis suae, sicque non tam facile ex postfacto renuntiabit. Sed an mulier, ut renuntiare possit, debet expectare biennium post intercessionem, propter *L.* 22 *eod. h. t.*? Non videtur, nam illa lex non loquitur de renuntiatione, sed de repetitione seu de renovatione: praeterea discrepant repetitio intercessionis et renuntiatio; repetitio enim intercessionis non involvit renuntiationem, cum fieri possit, ut tempore quo mulier repetit intercessionem, ignoret beneficium S. C., quo casu certe non potest videri ei renuntiasse; sed renuntiatio beneficii involvit cognitionem ejusdem, adeoque non audiretur mulier, si allegaret se nullam habuisse notitiam sui privilegii.

Haec ita de jure Romano: moribus autem quandocumque mulier renuntiet, valida est renuntiatio, etiam in ipso actu intercessionis, modo sit beneficii sui admonita.

TITULUS II.

DE COMPENSATIONIBUS.

§ I. Quid sit compensatio et quare introducta est.

§ II. De primo requisito ad compensationem scilicet, ut utrimque sit debitum.

§ III. An possit compensari debitum simplex cum usurario.

§ I.

Inter modos, quibus quis ipso jure liberatur, refertur compensatio: est autem compensatio, debiti et crediti inter se contributio (*L.* 1 *ff. h. t.*); sic, si 100 tibi debeam ex emptione-venditione, et tu postea ex alia causa incipias mihi 100 debere, si illa 100 a me petas, allegabo compensationem, seu dicam quod tu vicissim mihi 100 debeas, adeoque quod meum debitum sit extinctum, eodem modo ac si solvissem: et quidem in actionibus bonae fidei semper compensationi locus fuit, cum in illis judiciis judex possit habere rationem aequi et boni; in strictis autem judiciis non obtinebat compensatio. Ita jus erat usque ad tempora divi Marci, qui permisit in his etiam judiciis compensationem opponi, non quidem ut ipso jure operaretur, sed ut opponi posset per exceptionem doli mali, donec tandem posteriores imperatores illam differentiam inter actiones bonae fidei et stricti juris abrogaverunt, statuentes in omnibus actionibus ipso jure compensationem operari (§ 30 *inst. de act.*). Aequitas et utilitas compensationis in eo consistit, quod si solvere tibi deberem ubi tu mihi vicissim debes, statim a te repetere possem, nostra autem interest potius non solvere, quam solutum repetere (*L.* 3 *ff. h. t.*): deinde dolo malo agere videtur qui petit id, quod statim reddere cogetur (*L.* 8 *ff. de doli mali except.*): praeterea per compensationem numerus litium diminuitur, ut satis patet.

§ II.

Ut autem compensationi locus sit haec quatuor requiruntur: 1.° ut utrimque sit debitum, 2.° ut purum sit, 3.° ut utrimque quantitas ejusdem generis, vel saltem idem genus debeatur, 4.° ut debitum sit liquidum. Imprimis itaque requiritur ut utrimque sit debitum, sed quale? Requiritur et sufficit natura debitum; hinc si debeas mihi 100 civiliter tantum, et ego tibi debeam pariter 100 civiliter et naturaliter, non possem compensare, debitum enim civile tantum revera debitum non est. Quod si 100 naturaliter tantum mihi debeas, ego autem tibi naturaliter et civiliter 100 debeam, conventus recte allegabo compensationem (*L.* 6 *ff. h. t.*): ratio est, quod compensatio tota in aequitate fundetur, aequitate autem inspecta, quod natura debetur, revera debetur: nec obstat, quod jus civile non agnoscat debitum naturale tantum; nam hoc falsum est, quamvis enim actionem deneget ex tali debito, tamen, dempta actione, omnes effectus ei tribuit, quos obligationi naturali et civili simul dedit. Non requiritur autem ad compensationem, ut debitum utrumque aequale sit, nam si v. g. 100 tibi debeam, et tu mihi 50, allegare potero compensationem pro 50, ita ut debitum meum pro 50 sit extinctum. Nec obstat quod compensatio sit vice solutionis, solutio autem invito creditori pro parte fieri nequeat: nam hic nulla fit partialis solutio, solvendo enim 50 et allegando compensationem pro aliis 50, solvo totum quod debeo, nam alia 50 ipso jure sublata sunt; vel dici etiam potest, quod in effectu tota 100 solvam, nempe 50 realiter et illa 50 compenso, compensatio enim pro solutione est, praeterea licet 50 quae adhuc debeo hic et nunc nondum solvam, possum tamen allegare compensationem pro 50; nec hic potest urgeri argumentum de partiali solutione, quasi pro parte tantum liberari vellem, nam quod dicitur, partialem solutionem fieri non posse, verum est, si creditor invitus sit, non potest autem hic dici invitus, nam voluntate sua debitor meus ad 50 effectus est, adeoque tacite in compensationem illorum 50 consentit.

§ III.

Compensari autem potest debitum simplex cum debito usurario, item debitum sub minoribus usuris cum debito sub majoribus usuris; et adeo si 100 tibi debeam sub usuris quatuor in 100, et tu incipias mihi debere 100 sine usuris, allegare potero compensationem adeo ut, a momento quo mihi 100 debere incipis, desinant currere usurae, utpote obligatione principali ipso jure sublata. Notandum tamen quod, si jam inde usurae cessae essent, dum mihi incipis debere, debeam primo usuras compensare; v. g. si 1000 sub usuris tibi debeam, et ratione plurium annorum 200 pro usuris, si tu incipias mihi debere etiam 1000, prius compensare debebo illa 200, quae usurarum nomine debeo, cum 200 illorum 1000 quae mihi debes, et tunc restantia 800 quae mihi debes compensabo cum 800 ex 1000 quae tibi debeo, adeo ut rema-

nesul 200, pro quibus annue usuras tibi solvere cogar; ratio est qood compensatio vice solutionis sit, jam autem quando tibi certam summam debeo, et ratione hujus usuras, si certam quantitatem tibi solvam, ea imputari debebit in usuras, et demum quod reliquum erit in sortem (*L.* 5 § 3 *ff. de solut.*); ab initio enim tacita inter nos pactum videtur, ut usurae ante sortem solverentur. Dicta hoc § noli applicare hodiernis reditibus, cum moribus nostratibus capital seu sors in reditum data repeti nequeat, puta 1000 ad reditum mihi dedisti, postea incipis mihi 1000 debere, si ego petam a te illa 1000, non poteris allegare compensationem, non enim ego obligatus sum ad 1000, cum sors in perpetuum alienata sit, quamvis verum sit quod reddendo 1000 me liberem a praestatione annui canonis: 1000 itaque, quae a te ad reditum accepi, sunt in solutione, sed non in obligatione, adeoque non dantur termini habiles ad compensationem, cum ad eam requiratur ut utrimque sit debitum. Plane, si ego in casu velim ut illa 1000, quae mihi debes, retineas in extinctione annui reditus quem tibi debeo, non videtur ratio cur non audirer, supponitur enim redimibilem ex mea parte esse reditum, et sic, cum redimere eum possim dando tibi 1000, etiam redimere possum permittendo tibi ut 1000, quae mihi debes, in solutum teneas, ita tamen ut canon annuus desinat currere, non a momento quo mihi 1000 debere coepisti, sed a momento quo statui ut illa 1000 in solutionem sortis retineas, nam ab eo tantum momento incipiunt dari termini habiles ad compensationem.

§ IV.

Non est etiam distinguendum ex qua causa debita procedant, an ex contractu, an ex alia causa, nam quod ex delicto debetur, compensari potest (*L.* 10 § 2 *ff. h. t.*), modo tamen pecuniarium sit debitum, nam si ad poenam corporalem agatur, compensatio objici non poterit, licet qui agit ejusdem criminis reus sit, ut de adulterio traditur in *L.* 13 § 5 *ad L. Juliam de adult.*

Ex eo, quod ad compensationem requiratur, ut utrimque debeatur, sequitur qood si a me petas 100 quae tibi debeo, non possum tibi opponere compensationem ratione 100, quae non a te, sed ab alio mihi debentur; hinc si miles duos heredes instituerit, te in bonis paganicis, et alium in castrensibus, et mihi a milite ex causa castrensi 100 debeantur, si tu me ad 100, quae tibi debeo, convenias, non possum allegare compensationem ratione illorum 100, quae a milite mihi debentur, licet tu ejus heres sis, dum enim miles unum ex bonis paganicis, alterum ex bonis castrensibus heredem scribit, per constitutionem imperatorum effectum est, ut videantur duae diversorum hominum hereditates; adeo ut, heres castrensium solus ad debita castrensia teneatur, heres vere paganicorum solus ad alia debita teneatur (*L.* 17 § 1 *ff. de testam. militis*); cum itaque in casu, illa 100 non a te, sed ab alio herede mihi debeantur, non possum tibi ratione illorum compensationem objicere (*L.* 16 *ff. h. t.*). Hinc etiam si tutor debitorem sui pupilli conveniat, non poterit objicecere compensationem ratione ejus, quod tutor proprio nomine ei debet; dum enim tutor pro pupillo agit, ipso pupillus agere videtur (*L. penult. ff. h. t.*). Plane, si debeam tibi 100 et postea fias heres Titii, qui mihi 100 debet, non est dubitandum, quin, si a me 100 petas, possim compensationem allegare ratione 100 quae Titius mihi debet, postquam enim heres Titii factus es, ad illa 100 teneri mihi coepisti, et sic objicio tibi compensationem ratione ejus, quod ipse debes, licet non tuo, sed hereditario nomine debeas.

§ V.

Quaeritur hoc § an compensatio, quae opponi potest cedenti, opponi etiam possit cessionario, v. g. Titio 100 debeo et is pariter mihi 100 debet, Titius actionem, quam contra me habet, cedit Maevio: an Maevio agenti contra me opponere possum compensationem ratione ejus quod Titius mihi debet? Et dicendum, posse me uti compensatione, nec distinguendum qua ex causa Titius Maevio cesserit, lucrativa, an onerosa; ratio est, quod statim ac utrimque deberi coepit, mihi jus compensandi natum est, qood jus a me Titius auferre non potuit per cessionem Maevio factam, et sane, si actio quam cessit Titius, talis esset, ut exceptione reali elidi posset v. g. pacti, metus, rei judicatae etc., non est dubium quin cessionarium iisdem exceptionibus repellere possim, non potuit enim cedens plus juris in cessionarium transferre, quam ipse habebat; jam autem jus quod habebat cedens obnoxium erat compensationi, nec potuit per suam cessionem conditionem meam reddere deteriorem, quod fieret, si post cessionem non possem amplius compensationem opponere. Nec etiam distinguendum est, an cessionarius agat actione directa, an utili, pro quo notandum, quod dum alieni actionem v. g. vendo, emptor possit actionem illam intentare tamquam mandatarius, seu procurator, qui procurator *procurator in rem suam* dicitur, tuneque dicitur actione directa agere: potest quoque actione utili suo nomine agere, quae actio ex aequitate ei tributa est, scilicet, vel venditor actionem venditam emptori mandavit, quo casu emptor directa actione agit, vel non mandavit, et hoc casu emptor venditorem cogere potest, ut mandet, leges autem ut hunc circuitum evitarent, actionem utilem ex aequitate emptori tribuerunt.

Sententiae nostrae non obstat, quod si tu me

convenias ad 100 quae tibi debeo, non possum allegare compensationem ratione 100, quae Titius mihi debet, et quod cedens et cessionarius sint aeque a se invicem distincti ac tu et Titius; nam disparitas est, quod in casu objecto tua 100 non petis ex capite Titii, sed ex proprio capite, et sic nulla est ratio, quare tibi compensationem allegare possem ratione ejus quod Titius mihi debet. Sed in nostro casu, licet cedens et cessionarius sint personae a se invicem prorsus distinctae, hic tamen jus suum metitur a persona alterius, adeoque compensationem ex persona alterius pati debet.

Nec obstat quod cessionarius agens non semper teneatur reconventionem pati ex capite cedentis (*L.* 14 *ff. de procur.*). Nam disparitas est, quod reconventio personalis sit, nec ullo modo afficiat debitum quod actor petit: sic v. g. si a me 100 petas, et ego coram eodem judice a te petam equum, quem mihi debes, mea reconventio, seu petitio equi nullo modo afficit tuam actionem ad 100, nec tuum creditum extinguit, sed unice te afficit: ast compensatio quae opponitur alicui creditori, creditum illud afficit, nam statim ac compensatio allegatur, apparet creditum quod petitur jam inde fuisse extinctum a momento quo utrimque deberi coepit, et consequenter, cum supponatur creditum cedentis fuisse obnoxium compensationi, illa poterit opponi cessionario.

§ VI.

Sicuti non possum tibi allegare compensationem ratione ejus quod alter mihi debet, ita nec ratione ejus quod non mibi sed alteri debes: sic, si me convenias ad 100 quae tibi debeo, et tu 100 Titio debeas, non possum tibi 100 a me petenti objicere compensationem ratione 100 quae Titio debes, licet Titius in hoc consenserit (*L.* 9 *cod.*, *L.* 18 *ff. h. t.*), iterum ex eadem ratione, quod non possit compensari, nisi utrimque sit debitum. Hinc etiam si creditor conveniat unum ex duobus correis debendi, hic non poterit allegare compensationem ratione ejus, quod forte creditor alteri correo debet (*L.* 10 *ff. de duob. correis const.*), nec reus principalis poterit allegare compensationem creditori, ratione ejus quod creditor debet fidejussori. Non obstat quod compensatio sit vice solutionis, et quod extinguat debitum ipso jure, quodque, si unus correorum solvisset, alter liberatus esset, item si fidejussor solvisset, reus principalis liberatus fuisset; nam quod dicitur compensationem vice solutionis esse, hoc est verum quando adsunt requisita ad compensationem, quod hic non contingit, cum non sit unus idemque qui debeat et cui debeatur, et sic allegari compensatio nequit, et quod dicitur compensationem extinguere debitum ipso jure, verum est, si ea allegatur, sed hic nequit allegari: plane si alter correus, cui debebat creditor, vel fidejussor conventus allegaverit creditori compensationem, jam reus principalis, vel primus correus, cui nihil debet creditor, poterit dicere se esse liberatum per compensationem ab altero correo vel fidejussore factam. Potest tamen fidejussor compensationem allegare ratione ejus, quod creditor reo principali debet (*L.* 4 *et* 5. *ff. h. t.*); nam jus compensandi ad minus aeque forte est ac exceptio perpetua: jam autem omnes exceptiones reales reo principali competentes, etiam invito altero competunt fidejussori (*L.* 19 *ff. de except.*): procurator etiam in rem suam non tantum opponere potest compensationem ratione ejus, quod ab actore, cedenti debetur, sed etiam ratione ejus quod sibi debetur, ut, si Titius tibi actionem ad 100 contra me cesserit, et ego adhuc alia 100 tibi debeam, si postea ad 200 incipias mihi obligatus esse et illa petam, poteris dicere te in totum per compensationem liberatum esse; post cessionem enim a Titio tibi factam obligatum me habere coepisti ad 100, et ut supponitur adhuc alia 100 tibi debebam (*L.* 18 *ff. h. t.*).

§ VII.

Secundum requisitum ad compensationem est, ut utrimque sit debitum purum, et simplex: hinc, si mihi 100 pure debeas, et illa 100 a te petam, non poteris allegare compensationem ratione 100, quae sub conditione tibi debeo, quod enim sub conditione debetur, quamdiu pendet conditio, non debetur; idem est, si in diem debeatur, licet certo extiturum, quia, quamvis in diem debitum sit verum debitum, ante diem tamen debitor solvere non cogitur, ne privetur commodo temporis, quod ipsi auferretur si ante eventum diei compensatio posset ipsi opponi (*L.* 7 *ff. h. t.*); hinc etiam in *L.* 14 *ff. h. t.* pro regula traditur, *quod quaecumque per exceptionem perimi possunt in compensationem non veniant*. Quod imprimis verum est de exceptione peremptoria et perpetua: haec enim efficere solet, ut natura debitum non sit, nec id minus verum est de exceptione dilatoria, quae ex conventione competit, qui enim similem exceptionem habet, ante tempus ipsi in dilatione indultum cogi nequit ad solvendum, non magis quam is qui in diem promisit, adeoque compensatio ei ante tempus opponi nequit, ne alias jus ex propria industria et diligentia quaesitum ei auferatur. Aliud foret, si quis legis beneficio dilationem ex humanitate ad solvendum haberet; ei enim, si conveniat debitorem suum, poterit compensatio opponi, etiam ante tempus a lege ad solvendum concessum, exemplum est in eo, qui per sententiam solvere condemnatus est, is enim jure Romano habebat quadrimestre ad judicato satisfaciendum, si itaque 200 mihi solvere condemnatus sis, et tibi invicem 100 debeam, si me ad ista 100 convenias,

npponere potero compensationem ratinue 100, quae ex judicatn mihi debes, lieet qnadrimestre nondum sit elapsum (*L.* 16 § 1 *ff. h t.*); leges enim illud quadrimestre tantum concednnt ex mera benignitate, ut possit condemnatus intra id tempus pecunins eemparnre, ne cogatur bonn sua vendere, aut executinnem in illis pati, quae ratio quidem effieere potuit, ut leges nen permitterent ereditori ante id tempus urgere condemnatum ad solutionem, sed nen potuit efficere, ut ipse prehibeatur ante id tempus compensationem epponere: dum enim compensatio nppenitur condemnato, nnn cogitur quidquam de suo erogare, nee est periculum ne redigatur ad necessitatem vendendi bona sua, ut judicatn satisfaciat, sicnti contingeret, si solvere cogeretur. Nec ad rem facit, quod dum in diem quis debitor est, non possit ei eempensatie opponi antequam dies venerit; nam jns habet dehiter ntendi commode diei, quod jus ex cenventiene qnaesivit, et quod consequenter ei adimi nen petest, sed in casu, dilatie ex mera benignitate ei concessa est ex ratione jam dieta, quaa ratio in eompensatiene cessst, jus autem a lege ex aequitate datum faeilius aufertur, quam illud quod quis per eenventionem sibi quaesivit, haneque disparitatem nntat J C. in *L.* 16 § 1 *ff. h t.* dum ait: *aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis causa tempus solutionis indulgeri*. Argnmento hujus legis, si quis a prineipe rescriptum moratorinm impetraverit, nt conveniri a ereditoribus suis nequeat intra triennium v. g. et is me ad 100, quae ei debeo, conveniat, potero ipsi eempensatienem allegare etiam ante triennium elapsum, ratione ejus quod mihi debet, licet nnte rescriptnm meratorlnm impetratum jam inde deberet, seu licet rescriptum moratorium etiam meum debitum cemprehenderet.

§ VIII.

Tertium requisitum ad compensatlonem est, nt utrimque sit quantitas ejusdem generis quae debeatur, v g. utrimque pecnniam, vinnm ete. ejusdem qnnlitatis; hine, si tihi Stichum debeam, tu mihi Pamphilum, si Stiehum a me petas, nen possum compensatienem opponere ratione Pamphili quem mihi debes; ratio est, quod in quantitatibus una res fungatur vice alterius, sie 10e florenl aequivalent aliis 1ne flerenis. Ita ut, dum tibi 1nn debee et tu mihi 100, petens a te illa 1nn, possum dici petere idem quod tihi debeo, adeoque recte mihi compensatio opponetur: sed nna species non fungitur vice alterius, eum in species cadat affectie, ita ut in exemplo Stichum a mn petendo neu possis videri petere Pamphilum qunm mihi debes, et prefecte si possem tibi compensationem epponere, esset te cogere ut permntares actionem, quam pro consequendo Sticho habes, eum ea, quam ego pro Pamphilo habeo, seu in effectn te engere Stichum cum Pamphile permutare, unde si 1no tihi debeam et tu mihi Stichum. si 10e a me petas, non possum tihi compensatienem allegare ratioue Stiehi mihi debiti, licet Stiehus 100 praecise valeret; esset enim te cogere, nt pro 1en quae tihi debeo, Stiehum retineas, aliud autem pro alie, iuvito creditori solvi neqnit; hine etiam si eertam quantitatem vini galliei tihi debeam, et tu mihi similem qnautitatem alterins viui, aut ejusdem vini quidem, sed diversae qualitatis, aut mihi deberes certam pecuniae summam, non possem tibi compensatinnem allegare.

§ IX.

Quid si ntrimque res in genere debeatnr, v. g. debes mihi hominem in genere, et ege tihi heminem in genere, si hominem a te petam, an poteris mihi opponere compensationem ? Si utrimque sit electin debiteris, seu debeam tihi heminem quem eligam, et tu mihi hnminem quem eliges, videris posse compeusationem epponere; si euim a te petam hominem, dices, solvas mihi illum quem mihi debes, et eum tibi reddam, cum electienem habeam solvendi quem volo: quod si utrimque sit electio creditoris, adhue videtur compensatienem locum hshere, nam si contra te agam, et petam v. g. Stichum, respondere mihi poteris, quod statim ae Stiehum solutus fueris, sis eum repetitnrus: quod si ege tibi debeam hominem, quem velim, et tu mihi hnminem, quem ege velim, siquidem contrn te agam, non peteris mihi compensationem epponere; si vero contra me agas, possum tibi compensationem opponere, dicendn, quod eum hominem, quem solvam, statim a te possim repetere, cum habeam electionem petendi a te heminem quem velo.

Sed si verum sit, quod diximus, compensationem loeum nen habere, quando ah utraque parte vel ah alterutra species debetur, quomodo Justinianus in *L. ult. cod. h. t.* statuere potuit, *etiam locum esse compensationi in actionibus in rem*, seu realibus, cum per aetienes reales semper species petantur ? Hoc ita intelligendum est, quod si adversus te agam v. g. reivindiestiene pro re mea quam possidebas, et res doln vel eulpa tna perierit, vel ex alia causa deveniendum sit ad aestimationem, possis mihi epponere compensatienem ratiene ejus quod tibi debeo, ita ut non compenses rem meam cum eo quod tibi debeo, sed aestimatinnem rei mean, ad quam eh delum vel eulpam teneris; cum enim imperater compensationem admittat, supponit certe omuia requisita ad compensationem, sicque supponit utrimque quantitatem deberi, et profecto absurdum foret si imperator aliter intellexisset.

§ X.

Ultimum requisitum ad compensationem est, ut

Digitized by Google

utrimque sit debitum liquidum, seu tale, de quo clare constet quid et quantum debeatur, v. g. per confessionem adversarii, instrumentum authenticum etc., ita ut sine tergiversatione negari nequeat: quod si controvertatur an debitum liquidum sit, necne, judicis erit examinare, et si debitum liquidum detexerit, admittet compensationem cum effectu retroactivo a momento quo utrimque deberi coepit, si autem, examine praemisso, illiquidum sibi appareat debitum, compensationem rejiciet. Caeterum, licet ratione debiti illiquidi compensatio opponi nequeat cum hoc effectu, ut ipso jure operetur, si tamen initio litis opponatur compensatio ratione debiti illiqoidi, illa operabitur per modum exceptioois, ita ut judex de illo debito cognoscere debeat an revera subsit, et si post discussionem repererit debitum esse, atque ex illiquido liquidum factum esse, compensatin operabitur a momento quo debitum liquidatum fuerit. Differt ergo compensatio, quae objicitur ratione debiti illiquidi, ab ea quae objicitur ratione debiti liquidi, qood haec ipso jure operetur cum effectu retroactivo a momento quo utrimque deberi coepit, illa vero a momento quo debitum liquidatum est; ita ut, si debitum actoris usnrarium fuerit, usurae eurrere pergant usque ad mnmentum quo debitum rei fuit liquidatnm. Nec obstat quod imperator in *L. ult. cod. h. t.* dicat, *non posse compensari debitum liquidum cum illiquido*, ex quo sequi videtur, compensationem ratione debiti illiquidi nulla ratione admitti posse; hoc nam minime sequitur, enim imperator ibidem loquitur de ordinaria compensatione, quae debitum ipso jure extingoit, et quae operatur cum effectu retroactivo, et hoc sensu dicit non posse opponi compensationem ratione debiti illiquidi, sed non negat quod initio litis opponi possit per modum exceptionis, et postea, eum debitum liquidatum erit, compensationem obtinere.

§ XI.

Effectus compensationis est, ut statim ac opponitur appareat debitum quod petebstur extinctum esse, non taotum a momento qun allegata fuit, sed a momento quo utrimque deberi coepit, ita ut operetur cum effectu retroactivo, quod sane magnam habet utilitatem; si enim a momento allegationis tantum debitum extingueretur, pignora et hypothecae usque ad hoc momentum mansissent obligatae, et usurae semper cucurrissent, si debitum usurarium fuerit.

Volunt plurimi quod compensatio non debeat allegari, ut operetur, seu quod citra ullum factum, aut allegationem ipso jore operetur, eodem modo ac solutio, quae allegari quidem debet, ut judici illa innoteseat, sed non ut operetur, solutio enim statim extinguit debitum: verius tamen videtur compensationem non operari antequam allegata fuerit, ita tamen ut quando allegatur, operetur tunc cum effectu retroactivo ad tempus quo utrinque deberi coepit: haec sententia probatur ex eo, quod, ut jam vidimus in *L. 10 ff. de duob. reis etc.*, uni correorum debendi non prosit, quod alteri correo a creditore debetur, jam autem si ipso jure, sine allegatione compensatio operaretur, prodesset mihi quod correo a creditore deberetur, nam tunc statim ac correo meo deberi coepit, is ipso jure liberatus fuit, et sic etiam ego liberatus fuissem, quotiescumque enim unus correorum liberatur ipso jure, et tali modo qui vice solutionis est, alter etiam liberatus est; cum ergo J. C. decidat quod id alteri correo non prosit, necessario sequitur compensationem ipso jure non operari, sed tantum allegationa ejus, qui allegandi jus habet: probatur quoque ex *L. 2 ff. h. t.*, ubi dicitur *unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare*: itaque lex non compensat, sed homo: praeterea ex *L. 7 § 1 ff. h. t.* dicitur, *quod si judex non habuerit compensationis rationem, maneat mihi salva petitio*; si tamen ipso jure operaretur, non maneret actio mea salva, sed extincta foret.

Obj. quod solutio extinguat debitom ipso jure, sine allegatione, adeoque, cum compensatio vice solutionis sit, etiam debet ipso jure operari. Sed ℟. hoc verum esse, quando allegata fuit compensatio, solutio enim est modus naturalis sese liberandi, unde statim ae facta est, liberationem parere debet; at compensatio a legibus ex aequitate introducta est; unde non aliter operari debet, quam si existant illa, quae leges requirunt, leges autem requisiverunt allegationem.

Obj. quod in § 30 *inst. de act.* et *L. 4 cod. h. t.* dicatur, *compensationem operari ipso jure*; videntur ergo istae leges excludere factum hominis, cum contraria sint ipso jure fieri, et facto hominis opus esse. ℟. Quod dum leges dicunt eam ipso jure operari, tantum velint, qnod possit allegari coram judice pedaoeo absque eo quod opus sit, ut inseratur formulae, quam praetor judici pedaneo dat, eodem sensu quo exceptiones inesse dicuntur bonae fidei judiciis; item quod statim ac allegata est, incipiat operari a momento qno utrimque deberi coepit, seu oum effectu retroactivo: est quidem verum, quod dum leges dicunt aliquid ipso jure fieri, hoc ordinarie significet, quod nullo facto hominis opus sit; sic dum dicunt, suum haeredem ipso jure haredem esse, intelligunt eum esse heredem sine facto aditionis, sed hoc ita intelligi non posse in nostro casu patet ex legibus citatis, quae evidenter supponunt allegationem requiri.

Obj. *L. 4 ff. h. t.*, ubi dicitur: quod si creditor aliquid reo principali debeat, fidejussor eo minus ipso jure debeat, seu tantum teneatur fidejussor pro parte summae restantis, quae compensata non est; jam autem reus principalis non allegave-

rat compensationem, siquidem non ipse reus, sed fidejussor supponatur conventus; cum ergo dicat J. C. fidejussorem ipso jure eo minus debere, signum est ad compensationem non requiri allegationem. ℟. quod quamvis reus principalis eam non allegaverit, fidejussor tamen supponatur eam allegasse; jam autem vidimus fidejussorem posse allegare compensationem ratione ejus, quod reo principali debetur, qua allegatione facta, fidejussor liberatus est usque ad concurrentem summam reo principali a creditore debitam.

Obj. *L.* 10 § 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur: *si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.* Ex quo sequi videtur, quod compensatio operetur ipso jure, nam si tantum operaretur mediante allegatione, verum non esset, quod solvens solutum tamquam indebitum condicere posset, siquidem tunc verum debitum solvisset. Sed ℟. quod ideo dicat J. C. *condicere poterit, quasi indebito soluto*, quia statim ac utrimque deberi coepit, jus compensandi reo natum est, quod jus allegando post solutionem, efficit ut tempore solutionis indebite solutum videatur, cum, ut ante vidimus, compensatio habeat effectum retroactivum.

Tandem objicitur *L.* 21 *ff. h. t. Si procurator absentis*, inquit Paulus, *conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio, minus ab eo petitur*; si ab initio minus petatur, ante allegationem, ajunt, compensatio operata est. Sed ℟. quod hoc ex illa lege minime sequatur, non enim loquitur illa lex de casu, ubi procurator absentis allegabat compensationem ratione ejus, quod absenti debebatur, sed de casu, quo ipse actor compensationem sibi opponendam praevidens, ab initio eo minus petebat, nempe debebat absens forte 200, et actor ei 100 debebat, isque cum praevideret sibi compensationem opponendam, si 200 peteret, petebat tantum 100, dicens reliqua 100 esse compensata; ex illa ergo lege nihil quidquam sequitur, quod possit sententiam nostram enervare.

Sed quid interest an operetur compensatio sine allegatione vel non, cum equidem, quando allegatur, habeat effectum retroactivum, ut extinguat debitum ipso jure? Sane multum interest, nam si allegari debeat, sequetur quod tempore allegationis debeant adhuc esse termini habiles ad compensationem, hinc non poterit allegari ratione debiti, quod jam praescriptum est: sic, debeo tibi 100 a triginta annis, tu hodie incipis mihi debere 100, si illa 100 a te petam, non poteris opponere compensationem ratione 100, quae abhinc triginta annis tibi debeo, quoniam illa 100 non amplius debeo, cum illi obligationi praescriptum sit, ubi tamen adhuc possem repellere te, si ipso jure operaretur compensatio.

§ XII.

Quid si quis, cum compensationem allegare posset, eam non allegaverit sed solverit? Siquidem per errorem solverit, tamquam indebitum condicet, vel adversus alterum agere poterit, ut is solvat debitum, ratione cujus compensationem allegare poterat: quod si debitum, ratione cujus compensationem allegare poterat, sit naturale tantum, cum jam nullam actionem habeat, sola condictione juvari poterit: si vero sciens sibi compensationem competere, eam non allegaverit, tunc certe non habebit condictionem, cum non solverit per errorem: caeterum jus compensandi ipsi salvum manet, et si forte ad aliud debitum postea conveniatur, eam opponere poterit, vel ultro agere poterit actione sua, pendet enim a voluntate debitoris, an compensare velit vel non, cum jus compensandi sit in ejus favorem, nec ideo quod compensationem neglexit, potest dici ei renuntiasse, cum renuntiationes strictae sint interpretationis, nec in dubio praesumantur (*L.* 1 § 1 *ff. de contr. tutel. act.*): sane, si saepius eam opponere neglexerit tali praesertim creditori, qui maxime ei conjunctus erat, praesumetur facile quod ei debitum remittere voluerit, ut exemplo probat *L.* 26 *ff. de prob.*

§ XIII.

Potest autem compensatio opponi omni litis tempore, imo etiam post sententiam, si ex judicato agatur (*L.* 2 *cod. h. t.*); qui enim compensationem opponit, non recusat solutionem, cum compensatio pro solutione sit. Sed quid si judex compensationis, quam allegabam rationem non habuerit, sed ea non obstante, solvere me coegerit, si postea petam debitum, ratione cujus compensationem allegaveram, an exceptione rei judicatae repelli potero? Et si judex eam non admiserit, propterea quod videret eam non posse opponi recte debito, de quo agebatur, v. g. quod esset species debita etc., non obstabit mihi exceptio rei judicatae; sed si judex, cum examinasset an revera mihi aliquid deberetur, rejecerit compensationem quasi nihil mihi deberetur, jam exceptio mihi obstabit, judicatum enim fuit mihi nihil debitum esse, et consequenter si agam, adhuc repelli potero exceptione rei judicatae, quae exceptio toties opponi potest, quoties de eadem re, ex eadem causa, et inter easdem personas agitur (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 1 § 4 *ff. de contr. tutel. act.*).

§ XIV.

Hoc § quaeritur an is, qui se soluturum juravit, possit opponere compensationem? Affirmative; nam solvisse intelligimur, quoties obligatione liberati sumus (*L.* 4 § 7 *ff. de re judicat.*): per compensationem autem obligatione liberamur, nec interest utrum quis compenset, an solvat (*L.* 4 *ff. qui potior. in pign.*): praeterea juramentum sicut actui adjectum naturam rei non immutat, sed sequitur ejus naturam, jam autem si juramentum non

Digitized by Google

esset adjectum, compensare posset. Verum quidem est, quod juramentum servari debeat, quoties potest sine detrimento animae jurantis et praejudicio tertii; sed respondemus juramentum hic servari, mens enim jurantis haec certo fuit ut, dum solutionem promisit, per eam, non tantum realem intellexerit solutionem, sed omnem alium modum, quem leges pro solutione esse constituerunt.

Obj. quod si cui legatum sit relictum sub conditione, *si* 10 *det haeredi*, is non videatur implere conditionem, si compenset cum herede, qui ei forsan 10 debebat (*L.* 15 *ff. de cond. et demonst.*). Sed disparitas est, quod in conditionibus primum locum obtinere debeat voluntas testatoris; unde in illis regula est, quod debeant specifice impleri, nec possint adimpleri per factum aequipollens: testator enim obedientiam a legatario exegit, ut id factum poneret specifice, et forte habuit suas rationes quare id factum poni a legatario voluerit; in nostro autem casu, non est ratio cur non posset dici implere juramentum, licet factum solutionis in specie non ponatur, cum in effectu compensatio solutioni aequivaleat.

§ XV.

Quod attinet casus ubi compensatio cessat, imprimis sunt omnes illi, in quibus deest unum ex quatuor requisitis: praeterea cessat in deposito, non enim permittitur depositario ullo praetextu rem depositam denegare per *L. ult. cod. h. t.*, quae supponit quantitatem depositam esse ut quantitatem, quando enim species deposita est, vel quantitas per modum speciei, v. g. pecunia in sacculo obsignata, non erat necesse monere cessare compensationem, cum tunc requisita ad eam non adsint.

§ XVI.

Compensatio non tantum privato, sed et fisco opponi potest (*L.* 1 *cod. h. t.*), modo sit fiscus illius stationis, nam si v. g. fiscus, qui Ephesi est, mihi debeat, non potero opponere compensationem ratione summae, quam mihi debet fiscus, qui Romae degit, ne per hoc confusio in rebus fiscalibus inducatur. Reipublicae etiam et civibus opponi potest compensatio, exceptis casibus, qui enumerantur in *L.* 3 *cod. h. t.*

§ XVII.

Differt compensatio a reconventione, quod reconventio sit mutua rei petitio ad petitionem actoris, unde institui nequit pro debito naturali tantum, cum is, qui reconvenit, agat, ubi compensatio pro debito mere naturali opponi possit; deinde reconventio institui potest pro quacumque re debita, item pro debito illiquido, sine distinctione quae res per actorem petatur, ubi compensatio non potest opponi, nisi pro quantitate ejusdem generis, quae liquida sit: tandem compensatio, ubi allegatur, ipso jure extinguit debitum, reconventio autem nullo modo extinguit actionem ejus qui reconvenitur, sed eam salvam relinquit.

§ XVIII.

Non est confundenda compensatio cum jure retentionis: scilicet retentio habetur quotiescumque quis retinet rem petitam, donec alter debitum solvat vel impensas in eam factas restituat, et differt a compensatione, quod retentio non extinguat actionem, sed eam differt, donec alter satisfaciat, et quod exerceri possit in quacumque re, etiam in speciebus, quae omnia diversa sunt in compensatione.

TITULUS III.

DEPOSITI VEL CONTRA.

§ I. Quid sit depositum.
§ II. Quae res deponi possint.
§ III. An res immobilis deponi possit.
§ IV. An ita deponi potest res fungibilis, ut ejusdem dominium in accipientem transeat.
§ V. Explicatur *L.* 4 *ff. de reb. cred.*
§ VI. Ex deposito nascitur actio directa.
§ VII. An potest depositarius jure retentionis uti pro expensis in re deposita factis.
§ VIII. Quid si quis depositario prohibuerit, ne rem depositam restituat.
§ IX. Quandonam in deposito fit condemnatio in duplum.
§ X. An accessiones veniant in actione directa depositi.
§ XI. Quid si depositarius rem depositam vendiderit, et poenitentia ductus redemerit.
§ XII. Quid si dolo secundi depositarii res perierit.
§ XIII. Si deponens moriatur, pluribus relictis heredibus, quomodo quisque eorum actione directa aget, si res deposita dividua sit.
§ XIV. Quid si res individua sit.
§ XV. Quid si depositarius mortuus sit, pluribus relictis heredibus.
§ XVI. Quid si dolo aut culpa defuncti contigerit, ut heredes restituere non possint.
§ XVII. Quid si dolo aut culpa ipsorum heredum.
§ XVIII. Quid si deponens pactus sit, ut non sibi, sed tertio res deposita restituatur, an illi tertio actio acquiratur.
§ XIX. De actione contraria depositi.
§ XX. De deposito sequestrario.
§ XXI. An sequester possideat rem depositam.

§ I.

Inter contractus re initos numeratur depositum, quod definitur contractus bona fide initus, in quo alteri res custodienda traditur gratis, ea lege, ut eam in specie restituat quandocumque ab eo repetetur: traditur itaque in hoc contractu res cu-

stodienda, ita quidem, ut custodia sit de essentia depositi; illa enim da essentia cujusque contractus sunt, quae concernunt finem et scopum contrahentium, scopus autem eorum, qui depositum ineunt, est custodia.

§ II.

Possunt autem quaecumque res deponi, tam fungibiles, quam non fungibiles, tam alienae, quam propriae; non enim per hunc contractum dominium transfertur, imo nec possessio, sed tantum obligatur depositarius ad custodiam et restitutionem, quae tam bene in re aliena, quam propria praestatur, nec audietur depositarius, si rem restituere deneget eo praetextu, quod deponens non sit dominus, non enim in dominio se fundat deponens, dum depositum repetit, sed in obligatione in qua adstrinxit se depositarius, et in fide ab eo data; unde, licet deponens fur sit vel praedo, non poterit restitutionem recusare depositarius, licet se paratum diceret domino eam reddere, fides enim furi data servanda est.

Non obstat quod actio depositi sit inutilis furi, quatenus fur, cum, si res ei reddatur, eam retinere non possit, et actiones comparatae sint, ut quisque quod sua interest repetat; nam falsum est, quod non intersit furis rem depositam recipere, imo maxime ipsius interest, ut possit domino rem restituere.

Quod tamen dicitur depositarium furi restituere teneri, exceptionem patitur, si ipse dominus cum fure concurrat rem suam etiam repetens (*L.* 31 § 1 *ff. h. t.*), ut enim ibidem ratiocinatur J. C., *petitio domini multo justior est quam furis; haec autem est justa, quae suum ita cuique tribuit, ut non detrahatur ab ullius personae justiore petitione.*

Obj. Quod depositarius sit furi obligatus ex deposito, ubi domino non tenetur, nisi quatenus rei detentor; et ita quidem, ut si eum nominet a quo rem accepit, defungatur erga dominum, nec teneatur suscipere rei vindicationem. Sed quamvis depositarius fortius obligatus sit furi quam domino, domino tamen restituere tenetur potius quam furi, petitio enim domini fortior est quam furis, in qua petitionis justitia fundat se J. C. in *d.* § 1.

§ III.

Quaeritur an res immobilis possit deponi? Quod videtur affirmandum, depositi enim scopus et finis est custodia: jam autem res immobilis aeque custodiri potest ac mobilis, nam in *L.* 1 § 1 *ff. commod.* constat res immobiles commodari posse, jam autem commodatarius etiam ad custodiam obligatus est, imo multo magis quam depositarius, qui de culpa tantum lata tenetur: verum quidem est, quod in jore non reperiatur exemplum rei immobilis depositae, sed hoc ex eo est, quod tale depositum raro contingat; unde non sequitur quod res immobiles deponi nequeant, et certe etiam hoc in nulla lege negatur.

Objicit Huberus, quod res immobiles custodiri nequeant sine facto depositarii, quatenus ille aliquando debeat rem intrare, circumire etc., ut dici possit custodire, jam autem, inquit, dum quis ad factum tenetur, non est depositum, sed mandatum: sic in *L.* 1 § 13 *ff. h. t.* dicitur, quod si te rogaverim ut rem meam a Titio acciperes, penes quem est, et eam retineres ad custodiam, sit inter nos potius locus actioni mandati, quam depositi. Sed ad hoc R. quod verum sit esse mandatum, potius quam depositum, dum te rogavi ut aliquid faceres, si nempe id factum principaliter in obligationem sit deductum; sed quando custodia principaliter in conventionem est deducta, ita ut primario eam inductam sciamus, licet in consequentiam custodiae alter ad factum teneatur, propterea quod res sine facto aliquo custodiri nequeat, erit depositum, non mandatum, nam in omni deposito contingit, ut quandoque depositarius ad factum teneatur: v. g. si in domo, in qua depositum collocatum est, incendium oriatur, tenetur depositarius rem in aliam domum transferre; sic etiam, si equum apud te deposuerim, teneris certe ei cibum praestare, ut possit dici custodiri; licet ergo res immobilis sine facto depositarii custodiri nequeat, inde non sequitur esse mandatum, si rem immobilem tibi custodiendam tradam, quoniam ad factum non teneris nisi in consequentiam custodiae susceptae. Quod autem J. C. in *d. L.* 1 § 13 dicat esse mandatum potius, quam depositum, idque ex eo quod non tantum rogassem te ut rem custodires, sed et etiam ut reciperes eam, ab eo apud quem erat, et primo quidem tantum rogaveram, ut reciperes eam, sic statim ac in hoc factum consensisti, mandatum inter nos contractum est, non depositum, quoniam res nondum tibi tradita erat; postquam ergo receperis rem meam, non est ratio cur hoc mandatum transeat in depositum, nam in quocumque negotio initium spectandum est; et sic, cum ab initio mandatum contractum appareat, et postea nihil interveniat, quod repugnet substantiae mandati, mandatum manet.

§ IV.

Quaeritur an ita deponi possint res fungibiles, ut dominium earum transeat in accipientem, seu si ita convenero, ut depositarius non teneatur easdem in specie restituere, sed tantumdem, quando ab eo repetam, an maneat depositum, vel an sit mutuum? Et decidit J.C. in *L.* 24 *et* 25 *ff. h. t.* manere depositum, quamvis tamen fateatur, quod ea res egrediatur notissimos depositi terminos, quatenus in deposito ordinario dominium non transferatur, erit

ergo depositum non ordinarium quidem, sed extraordinarium: quaestio pendet ab eo, an de essentia depositi sit, ut dominium rei depositae in depositarium transferri non possit, nam si hoc de essentia depositi sit, non manebit depositum in casu, quatenus pacta adjecta contra substantiam contractus reddant contractum nullum, et efficiant ut transeat in alium contractum, si omnia ad alium contractum requisita adsint. Dicendum autem non esse de essentia depositi, quod dominium in eo transferri non posset, sed hoc est tantum de natura depositi, seu hoc ordinarie quidem obtiuere in deposito; ratio est, quod illa tantum sint de essentia contractus, quae spectant finem et scopum contractus, et illa quae leges voluerunt esse de ejus essentia: jam autem finis depositi tantum est custodia, nec ullibi leges statuerunt esse de essentia depositi, ut dominium in eo transferri non posset, aut ut eadem res in specie restitui debeat. Itaque videndum tantum, an obligatio ad custodiam in casu adsit: haec autem adest, licet enim depositarius eosdem nummos custodire non debeat, tamen tantumdem semper custodire debebit, ut quotiescumque ab eo pecunia petatur, reddere possit; cum itaque contrahentes depositum inire voluerint, ut ex verbo *deponere*, quo usi sunt, constat et pactum quod adjectum est de tantumdem restituendo, non adversetur substantiae depositi, dicendum est manere depositum.

Obj. depositi definitio, in qua dicitur, quod sit contractus, in quo eadem res in specie restitui debet. Sed definitio ista desumpta est ex eo quod ordinarie contingit, seu est definitio depositi regularis: fatemur autem quod, licet in casu maneat depositum, sit tamen depositum irregulare.

Obj. De substantia depositi est obligatio ad custodiam, jam autem depositarius in casu non obligatur ad custodiam, quia potest nummos depositos consumere, iisque abuti, si velit, quod est omnino custodiae contrarium. Sed licet depositos nummos consumere possit, et adeo ad nummorum acceptorum corpora custodienda obligatus non sit, tamen ad tantumdem custodiendum obligatur, ut, dum petetur, restituere possit, et quamvis proprie loquendo custodia in quantitatem non cadat, nisi simul supponas corpora nummorum quae custodiantur, aliqualis tamen custodia in quantitatem cadit, et sufficit ad depositum, quod talis custodia adhiberi possit, qualis a deponente intenditur; deponentis enim mens non fuit ut eadem corpora custodiantur, sed intendit tantum custodiam quantitatis in genere, quod sufficit ut adsint substantialia depositi.

Obj. quod in casu sit mutuum, quia omnia requisita adsunt ad mutuum. Sed hoc falsum est, siquidem desit voluntas ad mutuum contrahendum, quatenus contrahentes non mutuum, sed depositum inire voluerint, nam verbo *deponendi* usi sunt, et deponens primario intendit custodiam quantitatis, quam deponebat.

Sed quid interest, an maneat depositum, an fiat mutuum? Plurimum interest, nam notum est in contractibus stricti juris non condemnari reum ad usuras, nisi nominatim per stipulationem sint promissae, ubi in contractibus bonae fidei ex nudo pacto in continenti contractui adjecto usurae peti possunt; et praeterea, sine ullo pacto reus ad usuras condemnari potest a tempore quo moram fecit; si ergo in casu fiat mutuum, cum mutuum sit contractus stricti juris, non tenebitur ad usuras accipiens, licet moram fecerit in restituendo, licet quoque pacto promissae sint, modo tamen stipulatae non sint, ubi si maneat depositum ad usuras tenebitur, si pacto promissae sint, vel etiam si moram fecerit: praeterea in mutuo locus est compensationi, non in deposito.

Obj. adhuc *L.* 9 § *ult. ff. de reb. cred.*, ubi proponitur, quod apud te pecuniam deposuerim, et postea roganti tibi permiserim ea uti: dicit J. C. quod illa pecunia fiat mutua. Sed disparitas est, quod in nostro casu, quamvis deponens concesserit usum pecuniae, depositario permittendo ut non eosdem nummos custodiat, tamen principaliter intendit custodiam, quatenus ei indifferens esset eosdem aut alios recipere nummos; sed in casu legis objectae, licet ab initio pecunia ad custodiam tradita esset, tamen dum depositarius postea rogaverat, ut ea uti posset tamquam mutua, et in hoc deponens consensit, jam utriusque voluntas in mutuum contrahendum concurrit, et adeo deponens primario et principaliter usum pecuniae in alterum transferre intendit, ex quo sequitur negotium debere in mutuum transire; scopus enim mutui est usus pecuniae, ut scopus depositi est custodia; a scopo autem et intentione contrahentium desumendum est qualis contractus sit initus.

Idem respondendum ad *L.* 10 *de reb. cred.*, nempe, licet ibidem ab initio deposita fuerit pecunia, cum tamen deponens dederit facultatem depositario ea utendi, si vellet, non tantum custodiam, sed usum intendit alteri dare, si modo is uti vellet; ubi ergo alter uti vult, uterque in mutuum consentit.

§ V.

Est et aliud exemplum depositi irregularis in *L.* 4 *ff. de reb. cred.*, quae haec est. Cum non haberem causam nec propositum pecunias meas foenerandi, tu autem esses intentionis emendi aliqua praedia, pro quibus emendis desiderabas habere pecuniam mutuam, ita tamen, ut non velles habere mutuam antequam predia essent empta, ego ex urbe profecturus et praevidens me forte non reversurum tempore quo praedia emeres, deposui apud te certam pecuniae summam, et dixi quod, si emeres praedia, ea, ut mutua utereris: in

hac specie satis clarum est, pecuniam non fieri mutuam antequam praedia empta sint; nam, ut supponitur, nolebat eam habere mutuam ante illud tempus; itaque antequam praedia empta essent, manet depositum: sed apud quem erit periculum illius pecuniae? Decidit J. C. quod hoc depositum sit periculo ejus, qui suscepit: nomine periculi hic certo casum fortuitum intellexit; licet enim verbo *periculi* quandoque intelligatur, quod accipiens teneatur culpa levissima (*L.* 1 § 35 *ff. h. t.*), tamen nomine *periculi* in toto jure, uno vel altero casu excepto, semper venit casus fortuitus, haecque est proprior hujus verbi significatio. Dum ergo J. C. dicit periculum istius rei ad depositarium spectare, intellexit quod etiam ante emptionem praediorum accipiens non teneatur solum, si culpa ejus qualicumque pecunia sit deperdita, sed etiam si casu fortuito, v. g. incendio perierit; quodque sic intelligendus sit J. C. patet ex eo, quod istum casum comparet cum casu, ubi pecuniam mutuam me rogabas, et cum non haberem, rem vendendam tibi dederim, quam antea venalem non habebam, ut pecuniam ex ejus venditione redactam mutuam haberes; jam autem certum est, quod si ista res casu fortuito pereat, periculum spectet ad eum, qui accepit, ut constat ex *L.* 11 *ff. de reb. cred.*

Sed quare ista pecunia, quae remanet deposita, ut diximus, spectat ad periculum depositarii, cum regula sit rem depositam deponenti perire? Ratio est, quod Romani in quolibet contractu originem et causam contrahendi spectarent (*L.* 8 *ff. mand.*); jam autem in casu origo et causa depositi erat mutuum contrahendum dum praedia emissent, ideo etiam apud te hanc pecuniam deposui, ut eam tamquam mutuam haberes, casu quo indigeas ad emptionem praediorum, quia praevidebam me absentem fore hoc tempore, sicque depositum unice fuit initum in tui favorem et animo contrahendi mutui, dominiumque in te transferendi; inde, quoad hujus pecuniae periculum res perinde habetur, ac si jam dominium in te translatum fuisset, juxta jam dictam regulam, quod in quocumque negotio origo et causa spectanda sit, jam autem, si in te dominium translatum fuisset, certe ad te periculum pertinuisset; unde iterum patet, quod hoc depositum sit irregulare, quatenus in deposito ordinario periculum rei ad deponentem spectet.

Obj. quod in commodato periculum rei ad commodatarium non spectet, jam autem commodatum in gratiam solius commodatarii initur, ergo ex eo quod depositum in casu sit initum in favorem solius accipientis, non potest concludi quod ad eum periculum spectet. Sed ℟. quod non dicamus praecise ideo periculum ad depositarium spectare, quia depositum in ejus solius favorem fuerit initum, sed ideo quia initum fuerat animo aliquando dominium transferendi in depositarium, mutuumque quod rogaverat depositarius causam et originem ei dederat; unde respective ad periculum debet haberi, ac si dominium jam inde translatum esset; sed in commodato res non traditur dominii transferendi causa, unde non est ratio cur ibidem recedatur a regula generali, quod res suo domino pereat.

Obj. quod contrahentes noluerint, ut periculum spectaret ad accipientem antequam mutua fieret pecunia, nam depositarius dixit se nolle eam ut mutuam habere. ℟. quod inde non sequatur cum noluisse habere suo periculo, potest enim rationes habuisse ut mutuum noluerit contrahere, v. g. quod timeret, ne ab initio ad usuras teneretur, quatenus apud Romanos mutuum sine usuris dari non soleret.

Inst. Non potest dici quod haec fuerit ratio, cur ab initio noluerit habere pecuniam ut mutuam, quia supponitur quod deponens non habuerit propositum foenerandi. Sed ℟. quod licet deponens non habuerit intentionem foenerandi, hoc poterat ignorari a depositario, qui consequenter adhuc juste timere poterat, ne a se exigerentur usurae a momento quo mutuum sumeret; et praeterea, licet deponens intentionem foenerandi non haberet, sed esset intentionis pecunias suas in alios usus convertendi, tamen cum eo bene stare potest, ut, cum jam rogatur ab eo mutuum, illud ex amicitia sine usuris praestare velit, et tamen aliquid exigere ratione forte lucri, quod alias cum praesenti illa pecunia facere potuisset; adeoque, licet depositarius sciret eum nolle foenerari, adhuc tamen timeret ne sibi aliquid alio nomine peteretur, tandem forte etiam nolebat pecuniam gratis accipere, plerique enim ita solent esse dispositi, ut non alias velint accipere mutuum nisi sub usuris, nolentes nimiam recognitionem mutuanti habere: sic patet, quod possint esse plures rationes cur depositarius noluerit ab initio pecuniam ut mutuam habere, ut ex eo non possit concludi, quod pecuniam suo periculo esse noluerit.

§ VI.

Ex deposito duplex oritur actio, *directa* et *contraria*. Dotur directa deponenti ejusque heredibus contra depositarium ejusque heredes; imprimis, ut res deposita restituatur, hancque restitutionem nullo praetextu depositarius potest recusare, hoc enim ipso dolum faceret, si non restitueret dum restituere rogatur (*L.* 1 § 22 *ff. h. t.*), ita quidem ut, licet convenerit ut usque ad certum tempus custodiret, etiam ante illud tempus deponenti petenti restituere cogatur (*L.* 1 § 45 *et* 46 *ff. h. t.*); hoc enim tempus deponens in suum favorem adjecit, ut nempe haberet depositarium obligatum ad tamdiu custodiendum; imo imperator in *L. pe-*

mult. ff. h. t. statuit, depositarium non posse actioni depositi opponere compensationem, vel deductionem, aut doli mali exceptionem, ex eo quod deponens forte aliquid ei debeat, aut quod vicissim depositarius apud deponentem deposuerat.

§ VII.

Sed quid, si depositarius in rem depositam impensas necessarias fecerit, an saltem ex hac causa non poterit retinere rem depositam, donec ei impensae solvantur? Hoc ei permitti putamus. non obstante *d. L. penult.*, ex hac ratione, quod is, qui vult alterum cogere ut contractum impleat, debeat ipse prius ex sua parte adimplere; jam autem deponens ex ipso contractu depositi obligatus est illas impensas refundere, quatenus illae impensae factae sint ad rem depositam conservandam, sicque, quodammodo ex mandato deponentis, qui rem suam salvam cupit.

Obj. *d. L. penult.*, in qua sic ait imperator: *nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat*; ergo, dicitur, non esse depositario permittendam retentionem propter impensas necessarias, cum haec retentio fieri non possit, nisi mediante compensatione, vel exceptione doli mali, cui accedit, quod nequidem compensationem objici patiatur imperator, ubi tamen compensatio est fortior retentione. R̸. quod hoc modo exaudiendus sit imperator, quod nolit opponi retentionem alicujus debiti orti ex alia causa, quam ex ipso contractu depositi; at obligatio restituendi impensas ex ipso contractu depositi oritur, unde propterea non videtur deneganda retentio; hinc, licet jus compensandi sit fortius quam jus retentionis, cum tamen in compensatione objiciatur aliud debitum, quam ex contractu depositi ortum, non est paritas cum retentione, quam instituere vult depositarius ob debitum ex ipso contractu depositi ortum: quod autem Imperator tantum loquatur de retentione ob debitum ex alia causa, videtur probari ex ratione, quam allegat, *cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.*

§ VIII.

In fine *d. L. penult.* tractat imperator de casu, ubi aliquis prohibitionem facit depositario, ne rem deponenti restituat, statuitque ut si inhibitio in scriptis sit trasmissa ad depositarium, isque juret sine dolo suo id factum esse, non alias cogatur restituere rem deponenti, nisi deponens caveat se eum defensurum contra eum qui inhibuit. Quod si quis non jure prohibuerit, condemnandus sit in omne damnum, quod deponens patitur ex eo quod non statim depositum restituatur, item in usuras trientes a tempore inhibitionis factae, si nempe pecunia numerata deposita sit.

§ IX.

Adeo odiosa fuit Romanis perfidia. qua quis depositum abnegat, ut in duplum condemnatio olim fieret, postea in simplum, ita tamen ut infamis fieret depositarius (*L. 1 ff. de his qui inf. not.*). Remansit tamen poena dupli pro eo, qui abnegat id, quod apud eum incendii, tumultus, ruinae aut naufragii causa depositum est (*L. 1 § 1 et seq. ff. h. t.*), quod depositum *miserabile* dicitur: quod si ex hac causa heres depositarii conveniatur, in simplum tantum condemnabitur (*d. L 1 § 1 et seq.*). In quo autem loco res deposita restituenda sit vide *L. 12 princ.* et *§ 1 ff. h. t.*

§ X.

Actione directa depositi non tantum rem depositam consequimur, verum et accessiones (*L. 1 § 24 ff. h. t.*); non enim datur depositum, ut depositarius lucrum ex eo faciat, condemnaturque ad usuras, si pecunia deposita usus fuerit, aut moram in ea restituenda commiserit (*L. 2, 3, 4 eod. h. t.*). Sed quid si rem depositam restituere nequeat depositarius, puta si perierit, quid si deterior facta sit? Si hoc contigerit dolo vel culpa lata depositarii, condemnabitur in aestimationem: si sine dolo ejus, absolvitur; nam de dolo et culpa lata tantum tenetur, excepto casu, ubi depositum suscipiendo sponte se obtulit, quia tunc omnem diligentiam adhibiturum se promisisse intelligitur (*L. 1 § 35 ff. h. t.*).

§ XI.

Quid si depositarius rem depositam vendiderit, postea poenitentia ductus eam redemerit, si tunc pereat, an tenebitur? Tenebitur (*L. 1 § 35 ff. h. t.*); quamvis enim res deposita deponenti pereat, non ita tamen obtinet, quando depositarius in mora est, siquidem morae effectus sit, ut periculum rei ad morosum spectet, ubi tamen depositarius rem depositam vendidit, eo ipso furtum commisit; fur autem est in continua mora, nisi eam purget per oblationem domino factam; quamvis ergo rem redemerit, eam tamen domino non obtulit, et sic moram suam non purgavit: praeterea, statim ac vendidit rem, nata est propter ejus dolum actio adversus eum ad interesse, quae actio semel deponenti competens auferri non potest per redemptionem.

Obj. *L. 4 § 10 ff. de usurp. et usucap.*, ubi dicitur, quod si depositarius redemerit rem depositam, quam vendiderat, videatur res in potestatem domini rediisse, sive eo ignorante, sive sciente hoc factum sit. Sed ibi J. C. tantum agit de eo, an vi-

tium furti purgatum sit, necne relative ad usucapionem illius rei, nempe cum regula sit non posse usucapi res furtivas, nisi vitium furti sit purgatum, seu nisi in potestatem domini redierit, decidit J. C. quod statim ac res a depositario vendita per eum redimitur, et eodem quo ante titulo detinetur, videatur res illa in potestate domini reversa; sed non dicit, quod vitium furti sit purgatum respective ad depositarium, et certe, eum is furtum semel commisit, in mora constituitur, quae nisi per realem oblationem purgari nequit.

Obj. Suppone quod quis equum vendat Titio, dein vendat et tradat eundem equum Maevio, quodque equus ille casu fortuito apud Maevium pereat, tali casu venditor liberabitur a Titio, qui quidem ipsi cogetur pretium solvere (*L.* 21 *ff. de hered. vel act. vend.*). Sed disparitas est, quod in casu objecto venditor, qui non fuerat interpellatus a Titio ad tradendum equum, nullam moram commiserit, et sic cum ille equus casu fortuito perierit, liberatur, cum regula sit rem venditam perire emptori; et certe venditor ille rem vendendo Maevio non commisit furtum, cum enim non tradidisset Titio, manebat dominus, sicque rem propriam vendidit: praeterea etiam dolum non commiserat, nam obligatio venditoris est tantum, ut rem tradat, vendendo autem et alteri tradendo non omnino posuit se extra possibilitatem tradendi, cum adhuc istam rem possit redimere et primo emptori tradere, et quamvis venditor possit etiam dici ad custodiam obligatus, non tamen directe et principaliter ad eam tenetur, sed tantum in consequentiam obligationis tradendi, qua tenetur. Omnia illa diversa sunt in depositario vendente rem depositam, ille enim furtum facit scienter vendendo rem alienam, contravenitque directe suae obligationi, nimirum rem custodiendi.

§ XII.

Quid si rem apud Titium deposuerim, isque eam apud alterum deposuerit, cujus dolo periit? Non tenebitur Titius, nisi ut actiones suas mibi cedat contra secundum depositarium, nam in illo casu nulla lata culpa aut dolo Titius argui potest; cum tamen actiones, quas habet contra secundum depositarium, mihi cedere possit sine suo damno, ad hoc eum cogere potero, illas enim actiones occasione rei meae acquisivit (*L.* 16 *ff. h. t.*). Aliud esset in mandato, si v. g. is, cui Titius aliquod negotium mandaverat, alteri illud mandet, mandatarius Titio tenebitur, si ille alter non recte administret; nam in mandato eligitur personae industria, omnisque culpa praestanda venit, adeoque vel ille hoc negotium per se gerere debuit, vel talem eligere personam, quae negotium feliciter ad finem perducat.

§ XIII.

Quid si deponens mortuus sit, pluribus relictis heredibus, quomodo quisque eorum actione directa aget? Si res depositae sint naturaliter dividuae, ut pecunia vel aliae res fungibiles, quisque repetet pro parte hereditaria, omnes enim obligationes, quae a defuncto incoeperunt, per *L. XII. tabb.* inter heredes dividuntur pro partibus, quibus quisque est heres, ita ut si centum deposita sint, et deponens duos scripserit heredes aequis partibus, quisque eorum 50 repetet. Sed quid, si unus sua 50 consecutus fuerit, et tunc depositarius fiat insolvendo, vel alio modo contingat quod alter sua 50 consequi nequeat, an ille qui sua 50 accepit, cogetur eum alio communicare? ℟. negative (*L. ult. cod. h. t.*). Ratio est, quod statim ac primus sua 50 accepit, illa ipsius facta sint, et 50 quae remanserunt tota incoeperunt spectare ad alterum coheredem, dum enim pecuniae, vel aliae res fungibiles communes fiunt, et unus suam partem capit, statim a communione recessum est, licet alter in hoc non consenserit, nam in illas res non potest cadere affectio, ut adeo alter ridicule diceret, se malle habere una 50 quam alia; si itaque a communione recessum sit, quae potuisset esse ratio cur eum socio sua 50 debuisset communicare, imputet ergo sibi negligens negligentiam suam in suis 50 petendis.

Obj. Si, cum integra 100 adhuc apud depositarium essent, 50 periissent, hoc damnum foret commune, ergo et jam commune esse debet. Sed disparitas est, quod tunc tota 100 adhuc essent communia, adeoque damnum ad utrumque dominum spectare debuisset; sed in nostro casu, 50 quae perierunt non erant amplius communia, nec etiam 50 quae ablata erant, cum a communione fuerit recessum, statim ac unus suam partem fuerat consecutus.

Obj. Si duo equi depositi essent, et unus heredum unum equum caperet, non esset recessum a communione. Disparitas est quod in species cadat affectio, unde in illis unius voluntate a communione recedi nequit; si enim unus equum caperet, alter recte diceret se malle habere istum equum, quam alterum; sed hoc dicere nequit in casu, ubi ex rebus fungibilibus communibus unus suam partem capit, cum alteri non fiat injuria, sicuti fieret in speciebus.

Obj. *L. ult. cod. h. t.*, ubi imperator decidens unum heredem deponentis, qui suam partem recipit, non esse cogendum eam cum altero communicare, non tantum loquitur de pecunia deposita, sed etiam de speciebus depositis; ait enim imperator, *si quis certum pondus auri vel argenti vel in massa constituti deposuerit etc.* Sed ℟. quod imperator agat quidem de casu, ubi species argenti fuerat deposita, sed tamen non per modum

Digitized by Google

specierum, sed per modum quantitatis, seu per pondus, v. g. sic, ut depositarius non teneatur easdem argenti confecti species restituere, sed totidem, seu tot pondera quot accepit, ita ut in deponendo non fuerint consideratae species ex argento confectae, sed pondus tantum, seu massa argenti, sicque erat depositum rerum fungibilium, non specierum.

Obj. *L.* 63 § 5 *ff. pro socio*, ubi proponitur: quod cum essent tres in societate, primus egerat contra secundum ad suam ex lucro partem consequendam: postea secundus factus erat insolvendo, ita ut tertius partem suam ab eo consequi nequiret: deciditur, quod primus cogendus sit partem suam, quam accepit, cum tertio communicare; ergo videtur etiam heres in casu partem suam communicare debere cum coherede. Sed disparitas est, quod de natura societatis sit, ut lucrum et damnum sit commune inter socios, et ut aequalitas inter eos servetur, sic iniquum esset, ait J. C., *alium magis, alium minus consequi*; quod fieret, si in casu objecto primus non cogeretur partem suam communicare cum tertio, socius enim vi obligationis ex societate contractae industriam et diligentiam socio debet, et allaborare tenetur ut socius partem consequatur; ubi autem res sine societate communes sunt, illae rationes cessant, cum sine consensu suo in communionem inciderint, et consequenter unus non debet alteri suam industriam praestare.

§ XIV.

Si jam res naturaliter individuae, seu species sint depositae, ut jam dictum, non esset a communione recessum, si unus heredum aliquas ex illis a depositario receperit; sed cum non possint istae res uni heredi tradi, quin etiam pars alterius tradatur, quomodo terminabitur illud negotium? Depositarius restituet uni heredum petenti omnes res, etiam pro parte coheredis, modo tamen ille caveat, quod sit defensurus depositarium adversus coheredem, si forte is postea depositarium conveniat (*L.* 1 § 36 *ff. h. t.*): quod si cautionem illam praestare recuset, depositarius res depositas in loco publico deponens liberabitur: eadem dicenda sunt, si duo litigent super hereditate deponentis contendentes ambo se esse heredes (*L.* 1 § 17 *ff. h. t.*): quod si res apud plures fuerit deposita, si dividua sit, quisque pro parte, si individua, in solidum tenebitur, ut sub *tit. commodati* dictum est.

§ XV.

Quid si depositarius sit mortuus, pluribus relictis heredibus? Si res deposita sit dividua, ut pecunia, quisque pro parte, qua heres est, convenietur: si individua, in solidum; non enim res individua pro parte restitui potest, adeoque sicuti ipse defunctus in solidum tenebatur, ita quilibet heredum, cum per *L. XII. tabb.* obligationes individuae in solidum transeant ad quemlibet heredum. Quod si heredes restituere non possint, idque acciderit sine suo, nec defuncti dolo, absolventur, cum non nisi de dolo et culpa lata teneatur depositarius; hinc deciditur in *L.* 1 § *ult.*, et *L.* 2 *ff. h. t.*, quod si heredes depositarii vendiderint rem depositam, putantes esse rem defuncti, non teneantur eo nomine, nisi ad pretium restituendum, aut ad cedendas actiones contra emptorem, si pretium nondum receperint; non enim dolo fecerunt, cum putarent rem defuncti esse.

§ XVI.

Quid jam si dolo, vel culpa lata contigerit ut heredes restituere nequeant? Si dolo aut culpa lata defuncti id factum sit, heredes eo nomine tenebuntur, non tantum in id quod ad eos pervenit, sed in solidum, id etiam, licet ex illo dolo non sint locupletiores facti (*L.* 7 § 1 *ff h. t.*). Ratio dubitandi erat quod actiones, quae a defuncto ex dolo oriuntur, non dentur contra heredes, nisi quatenus ad eos pervenit; sed ut J. C. reflectit in *d. L.* 7 hoc verum est, quando actio immediate oritur ex dolo vel delicto defuncti, non vero dum ex contractu oritur: jam autem, licet per actionem depositi dolus vindicetur, non tamen ex dolo depositarii haec actio oritur, sed ex contractu depositi, et ex obligatione quam depositarius suscepit de re custodienda et fide praestanda. Caeterum dum dicitur, heredes depositarii in solidum teneri ex dolo defuncti, hoc non est sic intelligendum, quasi quisque in solidum conveniri posset, sed quod omnes simul teneantur in solidum, quisquo tamen pro parte tantum qua est heres: sic, si ob dolum suum defunctus ad 100 fuerit obligatus, et duos reliquerit heredes, illi ad tota 100 tenebuntur, ita tamen ut quisque 50 tantum debeat (*L.* 7 § 1, *L.* 9 *ff. h. t.*): ratio est, quod statim ac defunctus dolum commisit, incoeperit teneri ad interesse, quod interesse est dividuum, utpote consistens in pecunia numerata; jam autem obligationes dividuae, quae a defuncto incoeperunt, inter heredes dividuntur pro parte hereditaria.

§ XVII.

Si autem dolo aut culpa lata ipsorum heredum factum sit, quominus rem depositam restituere possint, illi, qui dolum commiserunt, tenebuntur, alii absolventur (*L.* 10 *ff. h. t.*). Hinc si unus cum re deposita aufugerit, alii liberantur, secus ac in heredibus commodatarii; cum enim in commodato culpa levissima praestetur, vix est, ut alii non sint rei culpae illius, qui cum re commodata

aufugeret: illi autem heredes, qui dolum in re deposita admiserunt, in solidum condemnabuntur, ita ut si omnes dolum commiserint, quisque eorum non pro parte qua heres est, sed in solidum conveniri possit (*L.* 9 *ff. h. t*), ita tamen ut uno solvente, caeteri liberentur (*L.* 1 § 43 *ff. h. t.*). Sed quare quisque heredum qui dolum commisit in solidum condemnari potest? Ex eo quod defunctus ad custodiam et retentionem obligatus sit, quae non possunt pro parte praestari, cum, ut supponitur, res naturaliter individua sit; obligatio ergo ad custodiam et retentionem, qua tenebatur defunctus, utpote individua transit in solidum ad quemque heredem, adeoque quisque heres erat obligatus ad custodiendum et retinendum, et sic quisque heres dolum faciendo in solidum suae obligationi contravenit, adeoque in solidum conveniri potest. Nec ad rem facit quod, postquam res dolo heredum periit, incoeperint ad interesse teneri, quodque obligatio ad interesse sit dividua, utpote consistens in pecunia numerata, nam condemnatio ad interesse succedit in locum restitutionis; jam autem quoties obligatio ad interesse succedit in locum obligationis individuae, et ipsa individua est.

Non obstat quod si defunctus dolum commisisset, is incoeperit ad interesse teneri, quae actio utpote dividua fuit inter omnes heredes divisa pro parte hereditaria; quia in nostro casu defunctus ad interesse non coeperat teneri, cum is nullum dolum commisisset; sic obligatio ad interesse, qua jam tenentur heredes ob dolum suum, utpote quae non incoepit a defuncto, inter ipsos non fuit divisa; sed obligatio qua defunctus tenebatur, quae erat ad custodiam et retentionem, ad quemque heredum in solidum transit, et sic ad interesse quisque in solidum suae obligationi contravenit.

Obj. *L.* 22 *ff. h. t.*, ubi supponitur, quod heredes depositarii ex pecunia deposita lancem, vel aliam speciem confecerint, aut conflari passi sint, sicque erat res naturaliter individua: illa species postea dolo malo eorum interversa fuerat: dicit J. C. quod quisque in solidum conveniri possit, sed tamen si ad aestimationem deveniendum esset, pro parte tantum, qua quisque heres est, fuisset condemnandus. Ad hanc legem ℞. quod licet obligatio heredum in casu fuerit facta individua, statim ac lanx ex pecunia deposita fuit conflata, ab initio tamen quisque heredum tenebatur pro parte tantum, cum ab initio pecunia deposita esset; itaque quando jam propter dolum, quod in ista lance commiserunt, ad aestimationem deveniendum est, cum aestimatio consistat in pecunia numerata, iterum obligatio ad pristinos terminos redeuitur; adeoque sicut ab initio quisque heredum pro parte tantum condemnari poterat, ita etiam et jam condemnabuntur tantum, nec per hoc deponenti ulla fiet injuria, cum ab initio quemque tantum pro parte obligatum habuerit. Sed quando ab initio species fuit deposita, ut nos supponimus, ab initio quisque heredum fuit obligatus, adeoque ad solidam aestimationem quisque condemnari poterit, cum haec obligatio ad aestimationem succedat in locum obligationis rei individuae.

Non obstat quod J. C. in *d. L.* 22, postquam de lance conflata ex pecunia deposita locutus fuerat, addat, *idem esse*, *si aliqua species dolo eorum interversa sit*; nam per hoc non vult dicere idem esse, si ab initio species fuerit deposita, sed idem esse, si non lanx, sed alia species fuerit conflata, eaque ab heredibus dolo fuerit interversa.

Quae diximus de pluribus heredibus deponentis vel depositarii porrigenda sunt ad casum, quo plures vel apud plures deposuerint (*L.* 1 § 43 *ff. h. t*). Caeterum quae adhuc objici possunt contra ea, quae de hac quaestione diximus, colligi possunt ex tit *commodati*.

§ XVIII.

Quid si deponens, eum deponeret, pactus sit, ut res non sibi, sed tertio alicui restitueretur, an ex illa conventione tertio dabitur actio depositi contra depositarium? Certe illi non dabitur actio directa, quoniam firmum erat juris Romani principium alteri per alterum non posse acquiri, praesertim dum agebatur de actione vel obligatione acquirenda; sed an saltem utilem actionem ex aequitate non habebit? Nec hoc dici potest, adeo enim nulla est conventio, qua quis stipulatur vel paciscitur alteri, ut ullum inde jus tertio quaeratur, nisi in potestate paciscentis esset, ita ut nequidem filio emancipato pater actionem acquirere possit (*L.* 26 *cod. de jure dotium*); quae lex, dum actionem denegat, etiam utilem denegare intelligenda est, cum generaliter loquatur, et imperatores in suis rescriptis non quod stricto jure obtinet, sed quod aequitate nititur respondere soleant; idem probant *L.* 19 *cod de jure dotium*, et *L.* 4 *cod. de pact. convent.* Fatemur quidem esse casus, ubi ex stipulatu aut pacto alterius utilis actio datur, si v. g. favor dotis aut alterius negotii aut personae conjunctae postulet; sed quae specialiter recepta sunt ad consequentias extendi nequeunt.

Obj. *L. penult. ff. ad exhibend.*, ubi imperatores dicunt, actionem utilem dari ei, cui deponens pactus est. ℞. Traditur ibi casus, in quo quis rem alienam deposuerat, eamque pactus erat domino restitui, quo casu utilem actionem depositi ex aequitate contra juris principia domino dant imperatores, quod proinde non est extendendum ad consequentias, praecipue si sit disparatio, prout hic est; quando enim rem alienam depono, et paciscor ut domino reddatur, independenter a meo pacto dominus per reivindicationem rem avocare poterat, unde facilius ei data fuit utilis actio ex meo pacto, propterea quod possim tunc videri aliquo

modo procuratorem domini agere, et jam inde receptum erat, ut ex contractu procuratoris dominus utilem actionem acquireret; quae ratio cessat, ubi rem meam deponendo paciscor, ut alteri restituatur.

Obs. *L.* 26 *ff. h. t.*, ubi haec species proponitur: Maevia, cum esset profectura, deposuit res quasdam apud Cajam Sejam, et dixit ei: *cum salva sanave venero restitues mihi: certe si aliquid humanum mihi contigerit, filio meo, quem ex alio marito etc.*, quae verba supponunt Maeviam habuisse alium filium vel filiam ex praesenti marito: Maevia mortua est ab intestato: quaerebatur an filio ex primo marito res depositae restitui deberent, an vero omnibus filiis simul tamquam heredibus matris: hoc posterius contendebat maritus Maeviae, qui sibi partem depositi restitui postulabat, utpote eam partem hereditatis petens, quae sibi per liberos in potestate retentos acquirenda erat. Decidit J. C. quod hoc depositum restituendum sit Maeviae filio ex priore marito, et sic videtur etiam decidere, quod illi filio detur actio ex pacto matris. Sed R'. quod quidem res depositae sint restituendae filio illi, sed non ita, ut filio illi competat actio depositi, sed actio ex fideicommisso, uempe illa verba *si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo restituas*, continent fideicommissum in favorem filii; talibus enim verbis relinqui solebant fideicommissa. Imprimis ad rem non facit, quod mater intestata decesserit, nam tantus favor fideicommissorum apud Romanos erat, ut non esset opus litteris, aut testamento, ut valerent, sed sufficiebat modo de voluntate constaret; de voluntate autem matris in casu satis constabat, et quamvis Caja Seja depositaria non esset heres, hoc non facit quominus fideicommisso gravari possit, non enim solus heres, sed etiam alii fideicommisso gravari possunt: sed quomodo in casu Caja Seja gravari poterat fideicommisso, cum nullus fideicommisso gravari possit, nisi qui a testatore aliquid accepit, nihil autem relictum Cajae Sejae a Maevia proponitur? Hujus dubii solutionem subministrat *L.* 77 *ff. de leg.* 1, ubi deciditur: quod per rescriptum divi Pii effectum sit, ut dum depositarius rogatus est pecuniam depositam post mortem deponeutis alteri restituere, videatur tunc heres deponentis rogatus, ut depositarium liberet ab actione depositi, nec depositi contra eum agat; cum ergo ad depositarium liberatio pervenerit, eatenus valebit fideicommissum, quo rogatus est res depositas alteri restituere; imo in *d. L.* 77 dicitur hoc rescriptum porrectum ad omnes debitores, ut possint testatores gravare debitores suos, ut pecuniam quam debent alteri restituant, eoque fideicommisso teneantur, quatenus tunc heres simul censeatur rogatus, ut debitores liberet ab actione, qua ei tenebantur. Itaque dum quis rem deponit apud aliquem, ut is post mortem deponentis alteri restituat, in his verbis duplex continetur fideicommissum: unum quo gravatur heres deponentis, ne depositum a depositario petat, seu ut ipsum liberet: alterum quo gravatur depositarius, ut res depositas restituat ei, quem designavit deponens. Sed quomodo istis verbis heres deponentis potest fideicommisso gravatus dici in favorem depositarii, cum illa verba ad heredem directa non sint? Non requiritur precise, ut verba expresse ad heredem dirigantur, sed voluntas deponentis sufficit, de qua hic satis constat, nempe deponens gravavit depositarium, ut alteri restituat; hoc autem fideicommissum non posset habere effectum, nisi dicamus quod simul voluerit, ut heres ejus liberaret depositarium.

§. XIX.

Actio depositi contraria datur depositario ejusque heredibus, contra deponentem ejusque heredes, ad impensas necessarias tam ordinarias quam extraordinarias repetendas in re deposita factas (*L.* 23 *ff. h. t.*), item ad resarciendum damnum, quod depositarius occasione rei depositae passus est.

§ XX.

Praeter depositum simplex, de quo jam diximus, est et aliud, quod vocatur sequestrarium, dum nempe res aliqua controversiae causa apud tertium deponitur, qua finita restitui debet victori (*L.* 6, *et* 17 *ff. h. t.*): differt itaque a deposito simplici, quod fiat controversiae causa, et semper a pluribus in solidum, ubi simplex depositum non supponit controversiam, et potest ab uno fieri: praeterea simplex depositum omni tempore repeti potest, sequestrum vero non nisi lite finita: caeterum sequestrum ordinarie fit per utrumque litigantium, raro a judice, est enim sequestrum species executionis, a qua judex incipere non debet: sunt tamen casus, ubi sequestratio a judice fit, ut apud Voëtium et Huberum videri potest, sed haec sequestratio a judice facta est merum sequestrum, non species depositi, imo nec contractus est.

§ XXI.

Quaeritur an sequester possideat rem depositam? R'. negative; sed possessio manet apud eum, penes quem antea erat, hoc enim tantum agitur in sequestratione, ut sequester custodiat rem sequestratam, fitque in securitatem actoris, adeoque fieri debet cum minimo rei incommodo: ad securitatem autem actoris sufficit, ut custodiam habeat sequester, nec ullo modo ejus securitas postulat, ut etiam possessionem habeat; non debet ergo cum rei injuria possessio ad sequestrem transire.

Obs. *L.* 17 § 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur: *rei depositae proprietas apud deponentem manet. Sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*,

nam tunc demum sequester possidet; sed illa verba *nisi apud sequestrem deposita est* non sunt ad rem depositam referenda, sed ad ipsam possessionem, ut sensus sit possessionem manere apud deponentem, nisi ipsa possessio apud sequestrem deposita sit; idque probant sequentia verba *nam tunc demum sequester possidet*, quibus verbis denotatur non semper possidere sequestrem, sed tunc demum, dum ipsa possessio sequestratur, hunc que intellectum confirmat *L.* 39 *ff. de acq. vel amitt. poss.*

In sequestro voluntario datur actio depositi directa ei, cui res restitui convenit, contra sequestrem, et sequestri actio contraria: quod si sit sequestrum merum, cum tunc non sit depositum, actio depositi contra sequestrem non datur, sed officium judicis contra sequestrem restituere nolentem implorandum est.

LIBER SEPTIMUS DECIMUS

TITULUS I.

MANDATI VEL CONTRA.

§ I.

Mandatum est contractus bonae fidei consensu initus, quo negotium alteri gerendum committitur et suscipitur. Differt a negotiorum gestione, quod in quasi contractu negotiorum gestionis gerantur negotia absentis et ignorantis, ubi hic geritur negotium scientis et volentis. Cum hic contractus solo consensu ineatur, et consensus tacitus aequivaleat expresso, sequitur quod si geram negotia scientis et non contradicentis, mandatum sit, non vero negotiorum gestio (*L.* 6 § 2 *ff. h. t.*). Differt praeterea negotiorum gestor a mandatario, quod hic teneatur, etiam antequam gesserit, ab initio enim ad agendum se obligavit, teneturque proinde, si non gesserit (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*); ille vero non prius tenetur, quam gesserit. Dein mandatarius mandantem habet obligatum, sive utiliter, sive inutiliter gesserit, modo fines mandati egressus non sit; negotiorum gestor non alias dominum obligatum habet, nisi utiliter gesserit.

§ II.

Ut sit mandatum, non sufficit ut aliquid alicui committatur, sed et ab eo debet suscipi, utriusque enim consensu opus est, cum mandatum sit contractus, et quidem debet alter suscipere negotium animo sese obligandi; nam si quis v. g. simpliciter dixerit, se invigilaturum quandoque negotiis meis, vel se consilio adjuvaturum procuratorem meum, sine animo tamen sese ad id obligandi, sed unice ex affectione et amicitia, non est mandatum (*L.* 10 § 7 *ff. h. t.*); sic etiam, si quis alteri commendet amicum suum, ex hac commendatione non obligari eum mandati decidit *L.* 12 § 2 *ff. h. t.*: aliud esset, si aliquem rogarem ut amico meo crederet, tunc enim esset verum mandatum. Requiritur etiam, ut gratis suscipiatur mandatum, utpote amicitia nitens; unde si merces intervenerit, locatio conductio, licet nomine mandati contrahentes usi sint, intervenisse intelligetur (*L.* 1 § *ult. ff. h. t.*). Quid ergo si mandans salarium det, vel promittat mandatario? Siquidem id fiat postquam negotium jam inde conventum est, non impediet quominus remaneat mandatum, ab initio enim susceptum fuit, salariumque ad remunerationem tantum officii datum vel promissum fuit: idemque dicendum, licet salarium detur vel promittatur antequam mandatarius incoeperit gerere, postquam tamen mandatum susceperit, nam et tunc ex sola affectione et amicitia id suscipit mandatarius, cum ab initio nulla de salario mentio facta fuerit: sed si ab initio in ipso contractu mandati salarium fuerit promissum a mandante, dicendum adhuc posse esse mandatum, quamvis enim diximus esse locationem conductionem, si merces interveniat, non tamen eadem est ratio mercedis et salarii, merces enim utriusque consensu determinatur, et intuitu mercedis opera suscipitur, sed salarium determinatur a solo mandante, nulla desuper inter contrahentes habita conventione; unde non debet considerari tamquam pretium officii, quod suscipitur, sed tamquam remuneratio, non autem obstat substantiae mandati remunerari mandatarium.

§ III.

An et quando salarium promissum peti possit videamus: et siquidem mandans non determinaverit salarium, sed simpliciter illud promiserit dicens v. g. se remuneraturum, nihil peti potest (*L.* 56 § 8 *ff. h. t.*); omnes enim promissiones, in quibus non apparet quid et quantum promissum est, propter incertitudinem sunt nullae

Nec obstat quod dum dos indeterminata promissa est, possit agi ut determinetur (*L.* 69 § 4 *ff. de jure dot.*); nam disparitas est, quod dos determinari possit, cum habeat relationem ad onera matrimonii, quae onera possunt determinari, habita ratione dignitatis et qualitatis mariti; sed salarium non habet relationem cum gestione mandatarii, quae debet esse gratuita, unde pendet a mente mandantis, qualem remunerationem intenderit: quando autem in potestate promissoris est quid et quantum dare velit, nulla est obligatio.

Quod si salarium determinatum fuerit, peti poterit non quidem actione mandati, verum extraordinaria petitione (*L.* 7 *ff.*, *L.* 1 *cod. h. t.*): ratio est, quod illa promissio salarii sit prorsus extrinseca contractu mandati et ab eo omnino independens, ita ut non constituat partem contractus, sed unice remunerationem contineat, quare placuit actionem mandati ad salarium promissum se non extendere.

Obj. *L.* 6 *ff. h. t.*, ubi dicitur, quod si remunerandi gratia honor seu salarium interveniat, sit mandati actio. Sed R/. quod per haec verba non dicatur actionem mandati dari ad ipsum salarium petendum, sed hoc tantum vult J. C. quod, licet salarium promissum sit, nascatur tamen hinc inde actio mandati, seu quod, non obstante salario, maneat mandatum.

§ IV.

Quaeritur an valeat mandatum rei turpis? R/. negative (*L.* 6 § 3, *L.* 22 § 6 *ff. h. t.*); cum enim mandatum nitatur officio humanitatis, nil magis ei obstaret, quam executio rei turpis: itaque, licet mandatarius tale mandatum fuerit executus, nullam tamen actionem contra mandantem habebit. Sane, si mandatarius mandatum rei turpis susceperit et executus sit, tam mandans, quam mandatarius ei, qui laesus est, tenebuntur, publicaeque poenae obnoxii erunt.

§ V.

Mandatum dividitur in generale, dum alicui mandatur administratio omnium bonorum, et speciale, dum negotium aliquod particulare mandatur et suscipitur: prius communiter dividitur ab interpretibus in simplex, et in id quod datur cum libera administrandi facultate, sed hanc divisionem recte improbat Vinnius (§ 42 *inst. de acq. rer. dom.*): alias mandati divisiones repete ex Heineccii *Recit.*

§ VI.

Ex mandato duplex oritur actio, directa et contraria: directa datur mandanti contra mandatarium, ut administrationis rationes reddat, et ut quod ex mandati causa et occasione acquisivit, praestet, ut mandatum adimpleat, et praestet mandanti quod sua interest mandatum impletum non esse, ut damnum dolo vel culpa etiam levissima datum resarciat, usuras etiam pecuniarum, quas forte in suos usus convertit, aut moram in iis restituendis admiserit, praestet (*L.* 10 § 3 *ff. h. t.*).

§ VII.

Actio mandati contraria datur mandatario contra mandantem ad recuperandum quidquid in executionem mandati impenderit, aut ex causa mandati ei abest, v. g. si ex tuo mandato rem emerim, ut pretium mihi refundas, et rem emptam recipias (*L.* 12 § 9 *ff. h. t*): quod autem impensas attinet, non attenditur an magis expenderit, quam mandans impensurus fuisset, si per se gessisset, modo bona fide impenderit mandatarius (*L.* 27 § 4 *ff. h. t.*): usuras etiam pecuniae erogatae consequitur, si forte mandans in illa restituenda moram commiserit, vel si mandatarius pecuniam sub usuris accipere debuerit ut mandatum impleret, vel etiam si pecunias quas foenori collocaverat repetierit pro mandato exequendo; verbo, si aequitas postulet, ut usurae restituantur (*L.* 12 § 9 *ff. h. t.*): praeterea damna, quae in rebus suis ex causa mandati passus est; item si aliquam obligationem susceperit, ab ea se liberari recte petet, ut si ex mandato tuo fundum emerim, adversus te agam mandati ut me libere ab obligatione, quam cum venditore contraxi (*L.* 45 *ff h. t*): pro quo notandum, quod dum alicui mando, ut contrahat v.g. ut pro me fundum emat, ex isto contractu procuratorio vel mandatario de jure Romano nulla mihi actio quaereretur, nec ego ex illo contractu obligarer illi, quocum contraxerat mandatarius, sed ipse obligabatur, sicuti devinctum habebat eum quocum contraxerat: haec ita, ub firmum illud principium, cui Romani mordicus addicti erant, alteri per alteram liberam personam acquiri non posse: caeterum mandatarius per actionem mandati me cogere poterat, vel si jam inde implevisset, ut eum indemnem servarem, et ego cogere eum poteram actione mandati directa, ut mihi actionem, quam ex mandato contra alium acquisiverat, cederet. Haec adeo vera erant ut, si procurator contrahendo dixisset, nolle se obligari, sed velle tantum obligare mandantem, contractus esset nullus respectu

utriusque, scilicet mandatarii, defectu consensus, mandantis autem, obstante principio praecitato alteri per alterum acquiri non posse. Quamvis ita obtineret, nihil tamen impedimento erat quominus per nuntium contraherem, quo casu directe obligabar, scilicet nuntius ille tantum adhibebatur, vel ut epistolam perferret, vel cousensum meum notificaret (*L.* 14 § *ult.*, *L.* 15 *ff. de const. pecun.*). Caeterum postmodum ex aequitate receptum fuit ut quibusdam casibus, ad exemplum actionis institoriae, daretur actio utilis mandanti contra eum, qui cum procuratore contraxerat, et vicissim is mandantem actione utili devinctum haberet (*L.* 13 § 25 *ff. de act. empt.*, *L.* 5 *ff. de stipul. praet.*), quo non obstanto, procurator adhuc obligatur, sicuti habet sibi obligatum eum, quocum ex mandato contraxit.

§ VIII.

Hinc in *L.* 49 *ff. h. t.* proponitur hic casus. Possidebam servum Titii bona fide, mandavi Titio ut servum venderet, Titius cum vendidit tamquam meum, putans revera meum esse, postea comperit Titius se suum servum per errorem vendidisse: quaeritur, an eum vindicare possit ab emptore? Decidit J. C. quod non possit vindicare. Aliqui hujus decisionis hanc reddunt rationem, quod Titius procurator transtulerit dominium servi in emptorem. Sed hoc falsum est, nam dum dicit J. C., eum vindicare non posse, fundat se in eo, quod vendiderit, et quod ex illa venditione contraxerit obligationem ad tradendum, et sic multo magis ad non avocandum rem venditam ab emptore; jam autem si ideo vindicaro non posset quod dominium amisisset, idque in emptorem transtulisset, illam certo rationam allegasset J. C., nam tune clarum fuisset vindicaro eum non posse, utpote eum dominus non esset, et ita J. C. necesse non habuisset recurrere ad obligationem, quam tamquam procurator contraxerat: praeterea quod procurator in casu dominium retineat, patet ex eo, quod nunquam per traditionem amittamus dominium, nisi illud transferre voluerimus (*L.* 55 *ff. de oblig. et act.*); jam autem Titius in casu non potuit velle dominium suum tranferre, cum nesciverit se dominium habere, sed putaret illud apud mandantem esse, volueritque transferre jus, quod putabat mandantem habere in ista re; mandans autem in ista re nullum jus habebat, idque confirmatur ex *L.* 15 § *ult ff. de contrah. empt.*, et *L.* 35 *ff. de acq. rer. dom.* Sed quamvis procurator maneat dominus rei, quam vendidit et tradidit, et sic etiam ipso jure ei competat rei vindicatio, non poterit tamen rem vindicare ab emptore; ratio est, quod rem illam vendiderit, et obligaverit se ad eam tradendam, et sic multo magis dum tradidit, obligatur ad rem non avocandam. Itaque si agat reivindicatione, recte emptor eum repellet exceptione rei venditae et traditae.

Nec obstat quod rem vendiderit nomine mandantis; nam licet nomine mandantis vendiderit, ipse tamen venditionem inivit, et ex ea obligationem contraxit sibique obligavit emptorem, et quidem ita debuit vendere ut se obligaret, nam si sic vendidisset ut non se, sed mandantem obligaret, non valuisset venditio, ut ante diximus. Si itaque ipse ex illa venditione obligatus sit, sequitur quod rem avocando contravaniat suao obligationi, adeoque repelli possit exceptione rei venditae et traditae.

Obj. quod errantis nullus sit consensus, jam autem procurator putabat se rem mandantis, non vero suam vendere. Sed quod dicitur, errantis nullum esse consensum, sic intelligendum est, quod non consentiat in eo in quo errat; hic autem errat in dominio rei, et ideo dominium non transfert, sed non errat in ipsa rei venditione, nec in substantialibus venditionis, non etiam errat in corpore rei venditae, nec etiam errat in pretio, consequenter valet venditio: nec dominium aut dominii translatio est de essentia emptionis venditionis, et quamvis dici possit quod si scivisset rem esse suam, non vendidisset, hoc nihil facit, non enim quaeritur quid fecisset, sed quid facit.

Obj. *L.* 35 *ff. de acq. rerum dom.*, ubi supponitur quod mandaverim procuratori, ut rem suam, quam meam putabat, traderet alteri, ille tradiderat: dicit J. C. quod dominium non transtulerit, quodque nulla sit alienatio, quia nemo errans rem suam amittit; ergo videtur insinuare quod rem suam ab eo cui tradiderat, vindicare possit. Sed ℟. quod ibi supponatur tantum procuratorem tradidisse rem ex meo mandato, non vero vendidisse, puta mandans ipse vendiderat, et tantum mandaverat procuratori ut traderet, quo casu non est ratio cur procurator rem vindicare prohiberetur; non enim dominium transtulit, cum non putaret se illud habere, nec etiam obligavit se emptori, cum non vendiderit, nec etiam obligavit se ad tradendum, sed unice ministerium suum in re tradenda praebuit; unde rem suam vindicans non poterit repelli exceptione rei venditae et traditae; sed in nostro casu ipse procurator rem vendiderat et tradiderat, sicque obligatus erat emptori.

Quod mores nostros attinet circa hanc quaestionem, procurator posset rem suam vindicare, quia hodie procurator contrahens personam mandantis, non suam obligat, modo moneat se mandantis nomine contrahere; exolevit etiam principium illud, alteri per alterum acquiri non posse, adeo ut nihil amplius impediat, quominus procurator domino actionem acquirat.

§ IX.

Ut mandatarius possit agere actione mandati contraria, debet mandatum esse impletum (*L.* 4 *et* 45 *ff. h. t.*). Est autem impletum, quando factum est

id quod mandans mandavit, unde maedatarius fines mandati diligeeter servare debet, nam si illos excedat, aliud quam quod maudatum erat fecit, ideo mandati actionem non habebit (*L.* 5 *ff. h. t.*); uede si tibi mandaverim, nt certam domum mibi emeres pro 100, tu aliam emeris pro 100, quamvis hace longe pluris valeat et commodior sit, non potes cootra me agere ut eam recipiam (*L.* 5 § 2 *ff. h. t*). Sed quid si eandem domem emeris, sed majori vel minori pretio quam 100? Siquidem minoris emeris v. g. 90, maedatum implevisti, quando enim tibi mando ut pro 100 emas, ejus sum intentionis ut emas minori pretio, si possis, et pretium taetum determieavi ex eo quod eollem, ut plus dares: si vero pluris emeris v. g. 120, eon poteris me cogere ut pro 120 eam accipiam, traosgressus es enim fines mandati, et aliud quam quod maedatum erat fecisti; eec ego ie caso possum te cogere, ut pro 100 mihi tradas, cem recte replicares te non mihi, sed tibi emisse; quamvis tamen si per te steterit qeomieus pro 100 emeres, tenearis mihi ad id quod mea ieterest eam pro 100 emptam non fuisse; nec potest dici quod ego, ratam habendo emptionem factam pro 120, ah ieitio videar mandasse ut pro 120 emeres, et ita possem te cogere ut pro 120 eam mibi traderes; nam ut ratihabitio locem habeat, et maedato aequiparetur, requiritur, ut ab ioitio fuerit gestum negotium ejus, qui ratem habet, vel saltem ejua contemplatioee gestum fuerit; hic autem mandatarins potest dicere, se eon emisse rem pro 120 eomiee maedaetis, sed auo, sicque ratihabitio maodantis noe potest efficere, et teneatur fundum pro 120 praestare; sed quid si in casu mandatarius paratus sit perdere 20, an poterit cogere maedaetem, ut pro 100 fundum recipiat? Hoc quidem J. C. negabat, sed placuit sententia contraria (*L.* 2 § *ult. et L.* 3 *ff. h. t.*); ratio est, quod maedatum sit contractus, io quo maxime boea fides et mens contraheetium servari debet, jam autem maedaes inteodit istum fuedum habere pro 100; si ergo mandatarius fuedum pro 100 dare paratus sit, bona fides omnino exigit ut eum maedans recipere teneatur, eihil eeim ejus ieterest, com ab ieitio illum fundum habere voluerit et maedaverit.

Obj. quod mandatarius excesserit fines mandati, et aliud fecerit quam quod ei msedatum erat, adeoque eulla actio ei dseda sit. Sed R̸. quod parum hic ietersit an proeurator egressus fuerit fines mandati vel noo, sufficere eeim debet mandanti fundum ei praestari pro 100, ooe eeim mandans emptionem pro 100 primario ietendit, sed taetum ieteedit habere fundem pro 100, uede emptioeem pro 100 taetum inteedit tamquam medium eum habeedi; adeoque cum fuedus jam pro 100 praestetur, eon potest de eo cooqueri.

Obj. quod maedatum utrimqee obligare debeat, jam autem maedans non babet actionem, ut cogat mandatarium fendum praestare, nequidem si 120 dare vellet; ergo eec mandatarius potest maedantem cogere, ut fundum pro 100 recipiat. Sed R̸. quod quamvis utrimqne actio ex mandato oriatur, quaodoque tameo coetingit, ut ueus agere possit, eon vero alter (*L.* 41 *ff. h. t.*)., eur ergo hoc contiogere non posset in casu, nempe dum mandatarius vult perdere 20? nibil enim ieterest mandantis fuedum pro 100 recipere, cum ab ieitio eum pro 100 habere inteederit; sic contra bonam fidem ageret, si eum pro 100 recusaret, sed potest interesse maedatarii ne cogatur praestare pro 120, puta quod fundus pluris valeat, et eum pro se emerit, eede recte recusat eum dare ei, qui 100 eum emi maedaverat.

Sed an maedatarius pro eo, quod pluris impendit qusm ei maedatum erat, eegotiorum gestorum actionem babet, si illed utiliter gesserit? R̸. negative: baec enim actio non datur dum qeis gessit negotia inviti, eo autem ipso qno maedans certis fieibus mandatum includit, non vult maedatariem eos egredi.

§ X.

Quid jam de hoc casu: Titius habet fuodum communem cum Maevio et Semproeio: maedo Titio, ut istum fuedum mihi emat: certe maedstum subaistit pro partibus Maevii et Semproeii; sed an subsistat pro parte Titii, cnm nemo a seipso possit emere? Et dicendum, quod noe tantum pro partibus aliorum contra Titium maedati agere possim, sed etiam pro ipsius parte, et viceversa Titius contra me; et licet Titius partem suam emere non possit, hoc ad rem nou facit, nam non ietendi primario emptionem fundi a Titio faciendam, sed tantum eam intendi tamquam medium ad consequendum feedum; licet ergo verba maedati contineant emptioeem fundi, intentio et scopus meus fuit, ut is mibi a maedatario prestetur; eum ergo partem suam prestare possit absque eo quod eam emat, dicendum ietentionem meam fuisse, ut partes aliorum emeret, et suam mihi venderet. Sed quid Titius consequetur pro sua parte, ai partes aliorum emat? Si totum fundum certo pretio emi maedaverim, coesequetur pro sua parte id quod, dempto pretio partium aliorum, se pererit pretii a me determieati, et ita, si mandaverim ut emat fundum pro 120, emerit autem partes sociorum 100, pro sua parte tantem 20 consequetur, licet plus valeret, obligavit eeim se ut. si posset, praestaret totum foedum pro 120: obligationi autem semel susceptae satisfacere debet, vel debuisset reenntiare mandato antequam partes aliorum emeret (§ 35 *inst. h. t.*). Quod si viliori pretio emisset partes sociorum, v. g. etramque pro 50, pro sua parte eoe coeseqeetur 70, sed ejus pars aestimabitur, noe enim locrum ex mandato facere debet manda-

tarius, et facilitas vel necessitas sociorum, quae forte eos impulit ut hoc pretio venderent, prodesse non debet mandatarie, sed potius mandanti, in cujus favorem vi mandati partes illae emptae fuerunt (*L.* 36 § 1 *ff. h. t.*): sic viceversa, facilitas sociorum non debet nocere Titie, ut suam partem pro eodem pretio vendere cogatur, sed justam aestimationem consequetur. Quod si nullum pretium determinaverim, tunc partibus aliorum emptis, pars mandatarii arbitrio boni viri aestimabitur, ad hoc enim suscipiendo mandatum se obligavit: arbitrium autem illud tale erit, ut si v. g. partem Maevii 40, Sempronii 50 emerit, pro sua 45 consequatur, cum enim habeat unam tertiam pro indiviso, illa tertia valet praecise medietatem pretii, quod solutum est pro duabus aliis tertiis (*L.* 35 *et* 36 *ff. h. t.*); haec ita, nisi partes sociorum evidenter ultra valorem suum fuerint emptae.

§ XI.

Hoc § quaeritur an mandatarius possit a mandante repetere damna, quae passus est casu fortuito, dum mandatum exequebatur, v. g. mandavi tibi ut solveres creditori, qui Bruxellis erat: tu profectus es cum tuis propriis pecuniis ut pro me solveres: in via spoliatus es a latronibus: an poteris agere mandati ut te servem indemnem? ℟. negative (*L.* 26 § 6 *ff. h. t.*); ratio est, quod mandatarius possit quidem repetere damna, quae ex causa mandati passus est, sed hoc damnum passus non est ex causa mandati, sed ex casu fortuito; mandatum ad summum fuit conditio sine qua non, seu occasio illius damni; causa autem sunt latrones, seu casus fortuitus respectu mandantis et mandatarii.

Obj. Officium suum nemini debet esse damnosum. ℟. quod non sit officium seu mandatum, quod efficit ut mandatarius damnum patiatur, sed est casus fortuitus: verum quidem est quod, nisi mandatum suscepisset, hoc damnum non fuisset passurus; sed ex eo non sequitur quod mandatum sit causa damni, sed ad summum quod sit occasio, debeatque mandatarius scire illum casum fortuitum posse evenire, et regulam esse quod casus fortuitus noceat ei, cujus in rebus contigit: sic v. g. si commodem tibi equum ad peregrinandum, et in via forte fulmine tactus vel alio casu fortuito moriatur, certum est quod tu mandatarius hoc damnum non debeas mihi resarcire, quamvis verum sit dicere quod, nisi equum tibi commodassem, illud damnum non fuissem passurus.

Obj. *L.* 13 *cod. h. t.*, ubi dicitur mandatarium non teneri de casu fortuito. ℟. Hoc ita intelligendum est, quod non teneatur, si casu fortuito contigerit ut mandatum implere, vel ad exitum perducere non potuerit; caeterum, cum eo bene stat, quod si casus fortuitus in rebus mandatarii contingat, nocere debeat ipsi mandatario, eoque nomine non teneatur mandans: ad rem etiam non facit regula quae dicit, ad eum spectare incommodum, ad quem spectat commodum, quodque totum commodum ex mandato spectet ad mandantem; nam ex eo quidem sequitur quod ad mandantem debeat spectare incommodum, quod ex ipso mandato provenit, non vero id, quod aliunde et casu fortuito in rem mandatarii contingit.

Obj. *L.* 52 § 4 *ff. pro socio*, ubi supponitur unum ex sociis profectum esse ad gerenda negotia societatis, et secum sumpsisse proprias pecunias ad merces societati comparandas: latrones pecunias abstulerunt, servique ejus vulnerati aut occisi fuerunt: ait Julianus, damnum illud inter socios commune esse, posseque socium, qui hoc damnum passus est, actione pro socio contra socium agere, ut dimidium damni refendat; ergo etiam mandatarius hoc damnum a mandante videtur consequi debere. ℟. Qui hanc legem cum *d. L.* 26 § 6 conciliare nituntur, dicunt hoc ita singulariter in societate receptum esse, quatenus societas sit quaedam fraternitas, in qua proinde omnia lucra et damna communia esse debent, sed perperam; quod enim dicitur, societatem esse quamdam fraternitatem, tantum verum est de societate universali omnium bonorum, non de particulari, qualem proponit J. C. in *d. L.* 52 § 4: deinde, quod damna inter socios debeant esse communia, hoc quidem verum est de damnis, quae contingunt in rebus societatis, seu quae proveniunt ex causa societatis, sed non de illis, quae obveniunt casu fortuito in rebus ad unum ex sociis tantum pertinentibus, quale est damnum de quo tractatur in *d. L.* 52 § 4; et profecto non est ratio, quare socius a socio resarcitionem hujus damni repetat, non magis quam mandatarius a mandante. Dicimus itaque Ulpianum et Julianum in *d. L.* 52 § 4 dissentire a Paulo in *d. L.* 26 § 6, et in hac antinomia praeferendam esse sententiam Pauli, utpote juris principiis conformiorem; nec ad evitandam illam antinomiam dici potest, Julianum de societate agere, Paulum de mandato; nam eadem ratio, quae militat ut mandans non debeat ferre damnum illud, aeque militat pro socio, est enim utrobique casus fortuitus; et profecto, si verum foret quod Julianus ait, hoc damnum a socio agnosci debere, idem multo magis dicendum esset de mandante, quatenus mandatarius unice gerit contemplatione alterius, socium autem in suum etiam commodum: patet ergo quod, dum Julianus statuerit hoc damnum a socio agnosci debere, eo ipso senserit etiam a mandante agnosci debere, et ita eum a Paulo dissentire. Praeterea, ut clarius constet de hac re dissensisse J. C. quoad societatem, patet ex *L.* 60 § 1, *et L.* 61 *ff. pro socio*, in quibus agitur de casu ubi unus sociorum fuerat vulneratus a servis communibus venalibus. Pomponius et

Labeo in *d. L.* 60 § 1 negant posse eum a sociis repetere impensas factas in curationem vulneris, quia societas non fuerat causa istius damni, sed casus fortuitus; at Ulpianus et Julianus in *d. L.* 61 ajunt posse socium impensas illas a sociis repetere. Sed an *d. L.* 60 § 1 non corrigitur per *d. L.* 61, cum in hac refutetur sententia Pomponii contrarium dicentis in *d. L.* 60 § 1.? Minime; nam compilatores subjiciendo legem 61 legi 60, cum utramque in digestis collocaverint, et omnes leges digestorum aequale pondus habeant, dicendum neutram alteri majori pollere auctoritate: refellitur quidem sententia Pomponii in *d. L.* 60, sed a quo refellitur? A Juliano et Ulpiano in *d. L.* 61, non vero ab imperatore, unde cum hic, non illi potestatem legislativam habuerit, sequitur posse nos utramlibet adoptare sententiam; at in hoc conflictu Pomponii potius sententiae, utpote juris principii conformiori adhaeremus.

Caeterum quid moribus statuendum foret, si casus ille incideret, valde perplexum est dicere (Vide Domat *in legum delectu h. t.* § *XXVI.* referentem quaestionem hanc in diversis tribunalibus diversimode decisam fuisse).

§ XII.

Finitur mandatum, imprimis revocatione mandantis, quod in hoc contractu speciale est; caeteri enim contractus unius voluntate non dissolvuntur, sed hujus ratio est, quod mandatum unice ineatur ex affectione et amicitia mandatarii, invito autem amico officium praestari non debet (*L.* 12 § *penult. ff. h. t.*). Haec ita, si res adhuc sit in integro, nam si mandatarius jam incoeperit gerere, vel jam impensas fecisset, non alias mandans mandatum revocare posset, quam si mandatarium indemnem servet. Si autem ignorans me revocasse mandatum, cum forte epistolae renuntiationis ad te needum pervenissent, mandatum impleveris, habebis me obligatum (*L.* 15 *ff. h. t.*); licet enim stricte loquendo mandatum per revocationem esset finitum, leges tamen ex aequitate sustinent et supplent consensum mandantis, donec revocatio mandatario innotuerit, ne alias justa et probabilis ignorantia eum damno afficiat.

§ XIII.

Finitur mandatum renuntiatione mandatarii, iterum ex eo quod unice nitatur affectione et amicitia erga mandantem, quae non patiuntur mandatarium invitum cogi posse, ut mandantis negotia suscipiat (*L.* 22 § *ult.*, *L.* 27 § 2 *ff. h. t.*). Caeterum, ita demum mandatarius renuntiare potest, si negotium adhuc sit integrum, et tempestive renuntiet, ita ut mandans adhuc tempus sufficiens habeat, ut per se vel per alium negotium exequi possit. Alterutrum itaque mandatarius facere debet, vel adimplere mandatum, vel ei tempestive renuntiare; sunt tamen casus, in quibus susceptum et jam inchoatum negotium renuntiare potest, ut adversa valetudo, inimicitiae capitales, inanes rei actiones, etc. (*L.* 23 *et seqq. ff. h. t.*): per *inanes rei actiones* in *L.* 24 intelligi potest paupertas debitoris, contra quem mandatarius vi mandati agere debuisset, adeoque inutiliter impenses fecisset; intelligi etiam potest paupertas mandantis superveniens, ne scilicet mandatarius in damno inevitabili haereat, cum jam ab eo impensas suas recuperare non possit.

§ XIV.

Finitur mandatum morte mandantis; affectio enim qua nititur mandatum est omnino personalis, nec personam mandantis egreditur: praeterea, defuncti interest mandatum impleri, heredum forte non interest; cui accedit quod voluntas defuncti, qua sustinebatur mandatum, et a qua, donec impleatur, dependebat, per mortem ejus etiam finiatur (*L.* 12 § *penult.*, *L.* 26 *ff. h. t.*).

§ XV.

Cum § XIV hujus tituli dixerimus, mandatarium posse agere mandati, si nesciens revocationem gerere porrexerit, idque etiam obtineat casu quo mortuus sit mandans, mandatario ignorante, exponenda hic est *L.* 41 *ff. de reb. cred.*, cujus haec est species. Aliquis servum Zalendario praeposuerat, et confestim mortuus erat: debitores ignorantes ejus mortem illi servo solverant: quaesitum est, an per illam solutionem liberentur? R/. affirmative; nempe qui aliquem Zalendario praeponit, debitoribus Zalendarii mandare censetur ut ei solvant, quod mandatum quidem ejus morte finitum est, sed tamen aeque liberari debitores receptum est ex aequitate, ac si adhuc viveret praeponens, et quamvis nemo liberetur, nisi ipsi creditori solvat, ista tamen regula exceptionem patitur, nisi alteri ex mandato creditoris solvatur, quod hic factum videtur, quatenus non obstante morte mandantis, mandatum ex aequitate et ob ignorantiam debitoris sustinetur; idem deciditur in *L.* 26 § 1 *ff. h. t.* Aliud esset, si debitores scirent mandantem esse mortuum, tunc enim solventes procuratori non liberarentur, cessante praedicta aequitate; cui non obstat *L.* 17 § 2 *ff. de inst. act.*, nam ita receptum est in institoria actione, ex speciali ratione, scilicet commercii, quod consequenter ad alios casus non est producendum.

§ XVI.

Quid si mandans nominatim concipiat mandatum suum post mortem, v. g. mandem debitori meo,

ut post mortem meam solvat Titio? Et verius videtur, hoc mandatum morte mea finiri (*L. ult. ff. de solut. et lib.*), si modo ista lex legatur prout jacet, nam aliqui istius legis verba transponunt sino necessitate. Probatur etiam ex principio, mandatum morte finiri; itaque non est ratio cur mandatum in casu contra juris rationem sustineretur, cum juris ratio velit ut mandatum morte mandaotis finiatur, quia ejus voluntas etiam finitur.

Objiciuntur initialia verba *d. L. ult.*, ubi supponitur, quod mandaverim elicui ut stipularetur a Titio 100 sibi dari post mortem meam, et dicitur, quod recte Titius ei solvat, et adeo videtur decidi hoc mandatum morte mea non finiri. Ast ℟ quod in isto casu Titius non solvat ex mandato meo, sed ex stipulatione quam proprio nomine iniverat, stipulatione enim inita, Titius teneri coepit, quod est independens a mea voluntate, et sic me mortuo jus stipulanti quaesitum auferri non debet.

Obj. *L.* 12 § *ult. ff. h. t.*, ubi dicitur quod si si mandaverim alicui, ut post mortem meam monumentum mihi construat, mandatum illud morte mea non finiatur; sed hoc in monumento specialiter receptum est favore religionis, cujus intuitu plurima singularia introducta sunt.

Obj. *L.* 13 *ff. h. t.*, ubi, postquam in lege praecedenti do monumento dictum erat, subjicitur *idem est, si mandavi tibi, ut post mortem meam heredibus emeres fundum.* ℟. qood in illis verbis agatur de emptione fundi pro monumento construendo, continuatur enim in illa lege sensus logia praecedentis (Caeterum vide Noodt *lib.* 2 *cap.* 1, 2, *et* 3 *observat.*).

§ XVII.

Tandem finitur mandatum morte mandatarii, electa enim est in mandatario ejus industria, quae ad heredes ejus non transit (*L.* 27 § 3 *ff. h. t.*); et si heredes mandatum impleverint, actionem mandati non habent, nisi tamen negotium non sit amplius integrum; tunc enim ab herede impleri debet, et si adimpleverit, mandati agere poterit, ut si tibi mandaverim ut pro me fidejuberes, tu fidejusseris, si heres tuus ex illa fidejussione solverit, potest solutum a me repetere; fidejubendo enim, obligasti te creditori meo, et reliquisti heredem tuum obligatum, et sic res non est amplius integra (*L.* 14 *ff. h. t.*).

Quod autem diximus § XIV hujus tituli, mandatum expirare morte mandantis, hoc ita intellige, si nondum impletum sit, nam ubi semel actio quaesita est mandatario, morte mandantis non exspirat, sed contra heredes ejus competit (*L.* 48 *ff. h. t.*).

—

DIGRESSIO

QUIS CONTRACTUS INTER REUM PRINCIPALEM ET FIDEJUSSOREM VERTITUR.

§ I. Quis inter illos contractus vertatur.
§ II. Si creditor acceptotulerit debitum fidejussori, an is mandati agere poterit.
§ III. Ut fidejussor agat contra reum principalem, necesse est, ut, ex solutione quam fecit, liberatio contigerit.
§ IV. Sed quid, si solverit fidejussor, cum reus non deberet.
§ V. An dantur casus, in quibus fidejussor potest convenire reum principalem antequam solverit.
§ VI. Quid interest inter mandatorem et fidejussorem.

§ I.

Inter reum principalem et fidejussorem vertitur contractus mandati, si, ut ordinarie fit, rogatu rei principalis fidejussor accesserit; habet itaque fidejussor actionem mandati contrariam contra reum principalem: quod si pro ignorante reo principali fidejusserit, habet actionem negotiorum gestorum: quod si pro invito fidejusserit vel animo donandi, nullam habet actionem (*L.* 40 *ff. h. t.*); caeterum, ut fidejussor reum convenire possit, regulariter requiritur, ut ei aliquid absit, quod contingit dum fidejussor ex sue fidejussiono solvit. Sed si alter solverit pro fidejussore animo ei donandi? Nihilominus poterit fidejussor a reo principali repotere quasi solvisset (*L.* 12 § 1 *ff. h. t.*); videtur enim traditione brevis manus pecunia ab illo altero donata fidejussori, et a fidejussore tunc soluta: idem est si, cum apud Titium fidejussisses, ego Titio, qui debitor meus erat, remiserim debitum pro eo, quod tu ex fidejussiono ei debes animo tibi donandi, nam etiam hoc casu, licet nihil solveris, poteris tamen a reo principali repetere quasi solvisses (*L.* 26 § 3 *ff. h. t.*); ego enim pro te solvisse videor.

§ II.

Quid si creditor acceptotulerit debitum fidejussori, an etiam fidejussor contra reum principalem agere potest, ac si solvisset? Distinguit J. C. in *L.* 40 § *ult.*, *et L.* 12 *ff. h. t.* an creditor per illam acceptilationem remunerari voluerit fidejussorem, forte quod ab eo beneficium accepisset, quo casu fidejussor agere poterit contra reum principalem, quia ejus remuneratio ipsi reo prodesset, non fidejussori, ubi tamen soli fidejussori favere voluit creditor, et nisi fidejussor obligatus fuisset, verosimiliter creditor aliam rem aequivalentem acceptilationi dedisset in remunerationem; quod si non remunerandi fidejussoris causa, sed simpliciter donandi animo acceptotulerit creditor, negat J. C. fidejussorem agere posse contra reum, quoniam

jam nihil abest a fidejussore, et non constat quod creditor soli fidejussori per acceptilationem prodesse voluerit, forte enim utrique consultum voluit, cum sciret per acceptilationem fidejussori factam reum etiam liberari.

Poterit quoque fidejussor agere contra reum principalem, si compensationem passus sit, ob id quod ex fidejussione debebat, aut si debitorem suum creditori delegaverit; aeque enim his casibus fidejussori abest, ac si revera solvisset (*L.* 8 § 3 *ff. ad senatus-consult. Vell.*).

§ III.

Ut fidejussor agere possit contra reum principalem, non sufficit quod solverit, sed ulterius requiritur hac solutione liberatum esse reum principalem; hine si fidejussor solverit ei, quem falso credebat procuratorem rei principalis, adversus eum agere non poterit, ea enim solutio non liberavit reum principalem, cum nemo liberetur nisi per solutionem creditori vel ejus procuratori factam: caeterum fidejussor ab eo cui solvit repetere non prohibetur (*L.* 26 § 5 *ff. h. t.*): sic etiam si hominem in genere promiserim, tu pro hac obligatione fidejusseris, hominemque sed alienum solveris creditori, contra me mandati agere non poteris; nempe, cum non transtuleris dominium hominis, nec te, nec me liberasti (*L.* 47 § 1 *ff. h. t.*); qui enim hominem in genere debet, habet electionem solvendi eum quem vult, sed illius quem solvit dominium transferre debet ut liberetur; cum ergo id non feceris, ego liberatus non sum, adeoque adversus me agere non poteris.

Nec obstat quod fidejussor agere possit contra reum principalem, quando ei aliquid abest propter fidejussionem, quodque homo solutus jam fidejussori absit, qui, licet alienus esset, equidem possidebatur et forte usucaptus fuisset. Nam Ꝗ. quod non sufficiat ut fidejussori aliquid absit, sed debet utilitas pervenisse ad debitorem ex solutione per fidejussorem facta: praeterea notum est quod, ut mandatarius agere possit contra mandantem, debeat implevisse mandatum, nec fines ejus excessisse; hic autem non erat mandatum fidejussori ut alienum hominem solveret, sed talem, ut per ejus praestationem posset liberari reus, et licet in damno haerere possit fidejussor, hoc nihil facit; aequius enim est ut hoc ipsi noceat, quam ut reus principalis in damno haereat, propter imprudens factum fidejussoris.

Sed quid si in casu homo a fidejussore solutus usucaptus sit a creditore? Jam decidit J. C. in *L.* 47 § 1 *ff. h. t.* fidejussorem agere posse contra reum principalem: ratio est, quod statim ac homo solutus usucaptus est, liberetur fidejussor et reus principalis, eodem modo ac si ab initio fidejussor dominium transtulisset (*L* 60 *ff. de solut. et lib.*); et regula generalis est, quod quoties alteri rem alienam trado, et praesto conditionem usucapiendi, intelligatur dominium istius rei a me acquisivisse, ut exemplis declarant *L.* 15 § 1 *ff de condict. indeb*, et *L.* 13 *ff. de mort. caus. donat.*

§ IV.

Quid si reus principalis non teneatur, et consequenter nec fidejussor, an is, si solverit, poterit a reo repetere? Et siquidem fidejussor sciverit reum principalem non teneri, v. g. quod jam inde solvisset reus, non poterit a reo repetere; idem erit, si reus principalis defendere se poterat exceptione v. g. pacti de non petendo, non numeratae pecuniae etc., et fidejussor non opposuerit illam exceptionem, quam tamen sciebat se opponere posse (*L.* 29 *princ. et* § 2 *ff. h. t.*); sicque etiam si per injuriam judicis fidejussor condemnatus sit, debet vel appellare a sententia, nisi paupertas ipsum impediret quominus appellaret, vel monere debitorem ut ipse appellet, alias, si simpliciter solvat, repetere a reo non poterit (*L.* 8 § 8 *ff.*, *L.* 10 *in fine eod. h. t.*).

Sunt tamen exceptiones quaedam, quas licet non opposuerit fidejussor creditori petenti, sed solverit, poterit a reo repetere, ut v. g. si esset exceptio soli fidejussori, non etiam reo principali competens, cum enim hoc casu reus principalis teneretur cum effectu, solutio fidejussoris liberationem reo attulit, et ridiculo cum reus repellere vellet ex eo quod exceptionem suam opponere neglexerit, nam cum sit talis exceptio, qua reus uti non poterat, nihil ejus interest an fidejussor eam omiserit, vel non; v. g. si fidejussor pactum personale cum creditore iuivisset, ne a se petatur, vel si fidejussionem suam ad certum tempus v. g. ad quinquennium restrinxisset (*L.* 29 § *ult. ff. h. t.*): idem erit, si fidejussor omiserit opponere exceptionem ad subtilitatem judicii magis, quam ad debiti substantiam pertinentem, v. g. cum conveniretur a procuratore creditoris, non opposuerit exceptionem procuratoriam, vel non exegerit satisdationem a procuratore dominum ratum habiturum, nihilominus fidejussor id quod solvit repetet, si ex postfacto apparuerit cum vero procuratori creditoris solvisse, illa enim exceptio procuratoria tantum inserviisset ad protelandum judicium, nec effecisset quominus solvere cogeretur fidejussor; itaque cum bonae fidei sit actio mandati, qua fidejussor reum convenit, non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, an fuerit debitum, vel non (*L.* 29 § 4 *ff. h. t.*). Si vero fidejussor ignorans reum principalem liberatum esse, vel exceptionem ei competere, solverit, tunc, nisi foret ignorantia juris, nihilominus a reo principali repetere poterit (*L.* 29 *in princ.* § 1 *et seqq. ff. h. t.*); sed si fidejussor solverit, et reus hoc ignorans adhuc semel

solvat? Si fidejussor, cum posset, non certioraverit reum, contra eum agere non poterit, nisi ut sibi cedat adversus accipientem condictionem indebiti (*d. L.* 29 § 3).

Diximus regulariter fidejussorem non posse agere contra reum principalem antequam solverit: huic obstare videtur, quod si v. g. mandem alicui ut fundum pro me emat, is statim ac emit, antequam etiam pretium solvat, contra me agere possit, ut eum liberem ab obligatione, quam erga venditorem suscepit (*L. ff.* 45 *h. t.*). Sed disparitas est, quod qui mandat alicui ut fidejubeat, mandare etiam censetur ut solvat, quamdiu itaque non solvit fidejussor, agere nequit, eum non impleverit mandatum, sed dum mando tibi ut fundum pro me emas, emptionem tantum, non etiam pretii solutionem tibi mando, et sic statim ac emisti, mandatum implevisti.

§ V.

Sunt tamen casus, quibus fidejussor etiam antequam solvit, potest reum convenire, si nempe jam condemnatus sit solvere fidejussor, vel si reus bona sua dilapidet, ita ut periculum sit ne brevi ad inopiam redigatur, vel si convenerit inter reum et fidejussorem, ut reus intra certum tempus illum liberaret, et illud tempus effluxerit (*L.* 10 *cod. h. t*); item, si reus diu in solutione cesset (*L.* 38 § 1 *ff. h. t.*): caeterum his casibus non poterit fidejussor agere, ut reus sibi aliquid det, quoniam nihil adhuc ei abest, sed aget, vel ut reus eum liberet, vel ut ad id quod sua interest condemnetur. (*L.* 45 § 5 *ff. h. t.*).

§ VI.

Quid interest inter mandatorem et fidejussorem, seu inter eum, qui mandat ut pecunia mutua detur Titio, et eum, qui pro Titio mutuum accipiente fidejubet? Quamvis in *L.* 32 *ff. h. t.* dicatur non multum interesse, an quis mandet, vel fidejubeat respective nempe ad obligationem, quam contrahit erga creditorem, sunt tamen quædam differentiæ; nempe, dum tibi mando ut pecuniam credas Titio, inter nos contrahitur mandatum, ita ut ego non tantum tibi obliger, sed tu etiam mihi obligeris, ubi, si fidejubeam, ego sum tibi obligatus ex fidejussione, tu vero obligatus mihi non es, cum fidejussio utpote stipulatio sit contractus unilateralis; unde si mandavero tibi ut Titio credas, habebo adversus te actionem mandati, qua cogam te ut cedas mibi actionem, quam contra Titium ex mutuo habes. Fidejussor vero non potest consequi cessionem actionum contra debitorem, nisi mediante exceptione opposita, seu potest quidem recusare solutionem, nisi sibi cedantur actiones, sed non habet actionem contra creditorem, qua eum cogat actionem cedere; propterea, qui mandat alteri pecuniam credi, etiam postquam ex mandato solvit, potest petere ut creditor sibi cedat actionem contra mutuatarium; nempe, cum mandans non solvat nomine mutuatarii, sed suo, solvendo non liberat mutuatarium, sic adhuc actio creditori superest contra mutuatarium, quam cedere potest mandanti (*L.* 28 *ff. h. t.*). Sed si fidejussor solverit et cessionem actionum non desideraverit, post solutionem, ei amplius cedi nequeunt actiones contra confidejussores vel reum principalem, quoniam per solutionem a fidejussore factam actiones creditoris sunt extinctae, cum fidejussor solvat nomine rei principalis (*L.* 76 *ff. de solut. et lib.*) Tandem fidejussio potest praecedere vel subsequi obligationem principalem, sed mandatum semper praecedere debet: sic, si jam inde credideris Titio pecuniam, inutiliter tibi mandderem ut crederes (*L.* 12 § 14 *ff. h. t*).

TITULUS II.

PRO SOCIO.

§ I.

Societas est contractus bonae fidei consensu initus, quo res vel operae conferuntur, et lucrum inde redactum communicatur; unde patet in quo differt a simplici communione, in hanc enim sine conventione incidimus, dum v. g. hereditas vel lega-

tum pluribus simul relinquitur, nec proinde communio contractus est, sed quasi contractus tantum, sed societas non nisi consensu initur, et verus contractus est; unde pupillus, si societatem contrahat sine tutoris auctoritate, non tenetur actione pro socio, tenetur tamen actione communi dividundo, vel alia si rem communem cum alio habeat, quoties enim ex re seu ex aequitate actio oritur, aeque pupillus ac alter etiam sine tutoris auctoritate tenetur (*L.* 46 *ff. de oblig. et act.*, *L.* 23 *ff. h. t.*).

§ II.

Caeterum, cum solo consensu ineatur societas, sequitur quod, licet nulla res tradita sit, item licet nulla res communis sit, sit tamen perfecta societas, si consensus adsit, unde etiam per nuntium, per epistolam etc. iniri potest, *re enim iniri posse*, ait J. C. in *L.* 4 *ff. h. t.*; quibus verbis intelligit consensum tacitum, qui ex facto tacito colligitur sufficere; debet tamen tale factum esse, ex quo evidenter consensus in societatem contrahendam sequatur, nam ex eo quod duo simul v. g. fundum emant, non sequitur continuo eos societatem inire voluisse (*L.* 31 *et seq. ff. h. t.*), nisi eo animo emerint ut vellent esse socii (*L.* 12 *ff. comm. divid.*, *L.* 2 *cod. h. t.*).

§ III.

Nititur hic contractus mutua fiducia et fidelitate, ut adeo bonae fidei sit et bona fides in eo servari debeat, ita quidem ut, licet alii contractus, si dolo ineantur, non tantum qui stricti juris sunt, sed etiam juxta meliorem sententiam, qui bonae fidei sunt valeant, societas tamen dolo inita sit ipso jure nulla (*L.* 3 § 3 *ff. h. t.*), ita ut nulla rescissione opus sit.

§ IV.

Finis et scopus societatis est lucrum, hoc enim a sociis intenditur; unde est quod communio lucri sit de essentia societatis, essentia enim cujusque contractus a scopo contrahentium desumitur; unde si conveniat ut unus omne lucrum, alter omne damnum ferat vel ejus partem, nullam vero lucri, societas non valet, pactum enim contra substantiam contractus illum reddit ipso jure nullum, estque haec societas, quam *leoninam* vocant (*L.* 29 § *ult. ff. h. t.*). Debet praeterea societas iniri super re vel negotiatione honesta, rei enim inhonestae nulla est societas, ut si fures convenirent de rebus, quas furantur, communicandis (*L.* 57 *ff. h. t.*).

§ V.

Societas vel potest esse de omnibus bonis tam praesentibus, quam futuris, et hoc speciale est in illa societate universali, quod omnia bona inter socios fiant communia absque traditione, quamvis regula sit, actibus inter vivos dominium sine traditione non transferri (*L.* 1 § 1, *L.* 2 *ff. h. t.*); quod ex eo receptum est quod nimis difficile fuerit, si singulam rem socius socio tradere deberet, unde placuit ut solo conventio vim haberet traditionis: caeterum hoc tantum obtinet in bonis praesentibus, seu illis quae socii habent tempore quo societatem ineunt, nam bona futura, quae quisque in posterum acquirit, ei soli acquiruntur, nec ipso jure fiunt communia, quamvis cogi possit, ut illa communicet (*L.* 73 *ff. h. t.*); et certe in bonis futuris illa difficultas traditionis non adest, potest enim singularem rem socius socio tradere tempore quo eam acquirit.

§ VI.

Nomina et actiones uni sociorum competentes non communicantur ipso jure cum altero socio, licet illae jam competeront tempore quo societas initur (*L.* 3 *ff. h. t.*); ratio est, quod actiones ita personae, cui acquisitae sunt, inhaerere a Romanis crederentur, ut sine suo interitu ab ea avelli non possent; ita ut nec mediante traditione de uno in alterum transeant, nisi quoad hunc effectum, ut si alteri mandata sit actio, possit is nomine mandantis agere; cui postea ab imperatore adjectum est, ut et suo nomine utili actione cessionarius agere possit, actione directa apud cedentem manente. Actiones itaque uni sociorum, inter quos universalis societas contrahitur, competentes non communicantur inter eos, sed alter agere actione pro socio potest, ut actio pro parte sibi cedatur.

In societate universali omnium bonorum communicanda sunt omnia ab uno ex sociis acquisita, quacumque ex causa ei obvenerint, etiam hereditas, legata etc., licet haec ex affectione personali relinqui soleant (*L.* 3 § 1, *L.* 7 *ff. h. t.*); viceversa omnia damna, quae passus est sine sua culpa, quodque ex causa honesta ab uno impensum est, inter socios commune est (*L.* 52 § *ult ff. h. t.*); sed quid si unus conventus actione injuriarum condemnetur, an ejus damni partem socius agnoscere debet? Et distinguendum, an per injuriam judicis sit condemnatus, quo casu agnosci a socio debet hoc damnum: quod si juste vel propter contumaciam condemnetur, solus damnum hoc patitur: idem esto, si alter perdiderit (*L.* 59 § 1 *ff. h. t.*); ast si erogaverit in honorem, studia, dotes liberorum, ab alio socio agnosci debet: nec obstat *L.* 73 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur, ea quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrique imputanda esse, si societatem ita inennt, *ut quidquid erogaretur vel quaereretur communis lucri atque impendii esset*; ex quo videtur sequi, quod non aliter agnosci a socio debeat, nisi quod nominatim conven-

tum est, aut minime; J. C. enim non facit mentionem istius formulae, quasi ab ea dependeret agnitio a socio facienda, sed tantum in illis verbis refert formulam, qua societas universalis solet contrahi, ita ut idem sit societatem universalem contrahere, vel talem contrahere, ut quidquid erogaretur vel acquireretur communis lucri atque impendii esset.

§ VII.

Societas illa universalis omnium bonorum, cum admodum rara sit, nec ineatur nisi inter conjunctos maxima amicitia, in dubio numquam praesumitur; inde est, quod si duo societatem ineant, nec dicant se omnia bona communicare velle, ad summum intelligantur voluisse ut acquaestus communicentur, seu societatem acquaestuum inivisse; in hac societate acquaestuum bona sociorum, quae quisque habet dum societatem ineunt, manebunt cuique propria, tantum autem communicabuntur omnia bona, quae socii post initam societatem acquirunt ex opera et industria v. g. emendo, vendendo etc. (*L. 7 et seq. ff. h. t.*). Quod si unus hereditatem, legatum, vel donationem acceperit, haec communicanda non sunt, non enim ex industria aut opera haec acquiruntur, sed unice originem habent in affectione testatoris vel donantis (*L. 9 ff. h. t.*): ea etiam quae ex maleficio acquisita sunt non communicantur; si tamen communicaverit, repetere a socio non poterit, nisi ad restituendum condemnatus sit; quo casu socius, qui scienter ex illo lucro partem accepit, partem poenae, in quam alter condemnatus est, agnoscere debebit; quod si ignoraverit, non ad poenam, sed tantum ad partem quam accepit, tenebitur (*L. 53 et seqq. ff. h. t.*).

§ VIII.

Societas acquaestuum apud nos inter virum et uxorem viget, quae ab alia societate acquaestuum differt, quod mobilia, quae vir et uxor habent tempore quo matrimonium ineunt, statim inter eos fiant communia: aliud tamen de immobilibus, nam haec remanent cujusque propria. Quoad ea autem, quae stante matrimonio unus acquirit, si mobilia sint, statim communicantur; si immobilia, distinguitur an ex emptione aliove contractu quaesita sint, quo casu communia sunt: quod si ex successione testamentaria vel legitima, vel titulo legati, vel fideicommissi, remanent illius, cui relicta sunt, juxta distinctionem J. C. in *L. 7 et seq. ff. h. t.*

Quoad hanc societatem inter virum et uxorem quaesitum fuit de hoc casu: mulier fundum emerat ante nuptias, sed inhaeredatio demum post nuptias facta fuit; quaerebatur, an ille fundus communis fieret, nec ne? Et dicendum communem fieri, licet contrarium decisum referat Stokmans *dec.* 51.

Notandum quod moribus nostris dominium rerum immobilium non transferatur per solam traditionem, sicut de jure Romano, sed quod adhiberi debeant operae legis illius loci, in quo res sitae sunt, quod *realizatio* vel *inhaeredatio* dicitur; itaque, cum inhaeredatio supponatur facta stante matrimonio, fundus ille tantum fuit acquisitus constante matrimonio, cum ergo vi consuetudinis omnia constante matrimonio acquisita communicentur, etiam ille fundus debet communicari; ad rem non facit quod fundus ille ante matrimonium emptus sit, quia non emptio seu titulus acquisitionis, sed inhaeredatio, moribus, dominium transfert; illa autem inhaeredatio constante matrimonio facta est.

Obj. *L. unic. cod. de imponen. lucrat. descr.*, in qua dicitur *quod ad primordium tituli posterior formetur eventus*; ergo, inquiunt, cum titulus praecesserit matrimonium, videri debet res ante matrimonium acquisita. R/. quod in illa lege velit imperator, quod si quis titulo lucrativo acquisiverit, debeat certum tributum solvere, quodque licet postea rem illam vendat, emptor illi tributo fiat obnoxius, quia, quamvis emptor titulo oneroso eam acquisiverit, venditor tamen titulo lucrativo habuerat, et adeo res illa inceperat illi oneri subjici; idque est, quod imperator intellexit, *quod ad primordium tituli posterior formetur eventus*. Inde ergo male infertur, quod quando aliquis rem emit et postea ei traditur, res debeat videri ei fuisse acquisita a tempore quo emit, nihil enim simile in tota lege dicit imperator, et quod traditio non retrotrahatur ad tempus contractus, quasi emptor a tempore emptionis initae videretur fuisse dominus, clare probatur ex eo, quod si venditor, postquam vendidit, sed antequam inhaeredatio fieret, hypothecam vel servitutem imponeret, et tunc traderet seu inhaeredatio fieret, certum sit fundum cum illo onere ad emptorem transire; quod tamen falsum esset, si emptor videretur fuisse dominus a tempore quo emit.

Obj. quod inhaeredatio sit accessio venditionis, quatenus oriatur ex venditione obligatio ad inhaeredationem. Sed falsum est, inhaeredationem esse accessionem venditionis, est enim tantum executio obligationis ex venditione contractae, sed nullo modo accessio; imo inhaeredatio est factum aeque necessarium ad dominii translationem, quam ipse titulus. Sic etiam falsum est quod dicunt, traditionem esse sequelam et effectum venditionis, quamvis enim verum sit obligationem ad tradendum esse effectum venditionis; ipsa tamen traditio nullo sensu dici potest ejus effectus, sed est unice factum, per quod impletur obligatio ex venditione orta.

Obj. Licet donatio sit prohibita inter virum et uxorem, si tamen vir donaverit uxori ante contractas nuptias, licet nuptiis initis tradat, ea res non

Digitized by Google

incidet in prohibitam donationem, quia donatio praecessit matrimonium (*L.* 36 § 1 *de donat. inter vir. et ux.*), et sic ibidem potius respicitur ad titulum, quam ad traditionem. ℟. quod in casu objecto, etiam dominium rei donatae non transferatur in uxorem, nisi postquam traditio facta est, et adeo respective ad dominii translationem etiam ibi tempus traditionis inspicitur. Quod autem ea res non incidat in prohibitam donationem est quod, licet dominium rei donatae translatum sit stante matrimonio, ipsa tamen donatio facta erat ante matrimonium, quo tempore nondum prohibebantur sibi invicem donare, et quamvis post matrimonium contractum donare prohibeantur, non tamen prohibentur dominium transferre. Itaque hoc argumentum nullo modo urget, quatenus in casu objecto, aeque ac in nostro, dominium stante matrimonio transfertur, et adeo in nostro casu fundus ille communis fit, cum velit consuetudo, ut omnia stante matrimonio quaesita communia fiant.

Obj. quod actio personalis mulieri ante matrimonium quaesita fuerat ex venditione, per realizationem mutata sit in jus reale. ℟. Hoc potius pro nobis, quam contra nos probat; nempe actio personalis, quam mulier ex venditione quaesiverat contra emptorem, statim ac nuptias inivit marito communicata fuit, cum actiones personales jure mobilium habeantur, adeoque siculi ipsa actio personalis, ita etiam dominium vi realizationis in locum actionis personalis succedens, inter conjuges commune est.

§ IX.

In Hollandia non tantum mobilium, sed immobilium quoque, etiam eorum quae quisque propria habet ante matrimonium inter conjuges nuptiis initis communio inducitur; unde nata haec quaestio. Brabantus habens bona in Brabantia init matrimonium in Hollandia cum Titia, quae bona in Hollandia sita habebat, quae vi statuti Hollandici a momento nuptiarum marito fuerunt communicata: quaerebatur an etiam bona mariti communicarentur uxori? Et refert Stokmans, *decis.* 50, ita decisum fuisse in concilio Brabantiae, ast invita juris ratione, ut etiam opinatur ipse Stokmans. Imprimis enim non communicantur bona vi contractus matrimonialis, matrimonium enim ex sua natura inducit conjunctionem animorum et corporum, nullo modo bonorum. Sed nec communicantur bona mariti vi statuti Hollandici, cum bona mariti sint in Brabantia sita, et regi debeant juxta Brabantiae statuta, statutum enim non potest exercere vires extra territorium suum.

Objicit nobis Voetius, ad *tit. ff. de ritu nupt.*, bona mariti debere communicari, quia, inquit, conjuges tacite hoc pacti censetur ex eo, quod matrimonium in loco, in quo viget communio universalis inter conjuges, inierint, cum is, qui in aliquo loco contrahit, censeatur contraxisse, juxta consuetudines et statuta illius loci. Sed ℟. quod hoc nullo modo stringat, nam forte ad statutum illud conjuges non attenderunt, et quamvis attenderint, dici nequit quod ad bona communicanda sese obligaverint; imo nequidem ad ea communicanda, quae in Hollandia sita erant, cum scirent ea communicari vi statuti independenter ab ipsorum conventione; nihil ergo aliud dici potest, quam quod in statutum Hollandicum consenserint, cum illi non contradixerint, sed cum illud statutum in Brabantia se non extendat, consensus eorum ad bona Hollandica restringi debet.

Nec obest *L.* 44 *ff. de reg. juris*, in qua dicitur quod si dubium sit, quid inter contrahentes actum sit, debeat inspici quid in illa regione frequentatur, in qua contractum est; nam illa regula loquitur de casu, ubi interpretanda est conventio ambigua; in casu autem nostro negamus conventionem illam factam esse circa bona communicanda; adeoque illa regula hic applicari nequit.

Sed objicitur quod iniquum videatur, ut maritus acquirat partem in bonis uxoris, illa autem nullam partem acquirat in bonis mariti. Ast quamvis in eo aliqua iniquitas audiatur, illa tamen non debet efficere, ut statutum generaliter latum cesset, iniquitas enim, si quae sit, per accidens oritur, eodem modo ut si dives cum paupere matrimonium ineat in tali loco, in quo communio universalis viget, quo tamen casu nemo negabit quin bona divitia communicentur. Tandem iniquitatem illa removere poterat uxor pacto antenuptiali, quod cum non fecerit, sibi imputet.

§ X.

Sequitur agendum de societate particulari, quae initur super certa re, vel negotiatione, et in qua communicanda sunt lucra et damna, quae ratione istius rei vel negotiationis proveniunt, ut quisque illam partem in illis ferat, qualem inter socios convenit.

§ XI.

Quid si de partibus lucri et damni nihil convenerit, quales habebunt socii? Æquales arithmeticae, ut dicunt, licet unus triplo plus altero contulerit (*L.* 29 *ff. h. t.*), ubi dicitur: *si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat.* Qui contrariam tuentur sententiam, sustinentes scilicet partes sociorum proportionatas collationi esse debere, intelligunt J. C. de aequis partibus geometrice, seu proportionatas collationi; sed in eo recedunt a propria verbi significatione, quam tamen semper sequi debemus, ubi nihil obstat; per *aequas partes* autem intelliguntur partes omnino aequales

seu viriles. Quod autem J. C. sic intellexerit, patet ex eo quod statim subjiciat quaestionem, an pacisci possit ut unus majorem partem habeat quam alter, et dicit, posse, si unus plus contulerit; jam vero, si independenter a pactione haberent partes proportionatas collationi, ridiculum esset quaerere, an ita pacisci possit; signum ergo est, quod J. C. putaverit, casu quo nihil pacti sint, socios debere habere partes omnino aequales. Romani igitur hanc societatis naturam esse voluerunt, ut in ea perfecta servaretur aequalitas, si desuper pactum non sit; cujus haec est ratio quod, licet unus multo plus conferat quam alter, possit tamen excessus ille industria illius compensari, et adeo si servari deberet proportio ejus, quod quisque contulit, aestimandae forent operae et industria cujuslibet socii, quod difficillimum esset, et occasionem pluribus litibus praeberet.

Obj. Si de natura societatis sit, ut socii in lucro habeant partes omnino aequales, etiam de natura ejus est, ut in damno habeant partes aequales; jam autem hoc posterius videtur falsum, nam si convenerit ut unus haberet duas tertias lucri, alter unam tertiam, licet de damno nihil dictum sit, easdam tamen partes in damno habebunt; ergo de natura societatis non videtur esse, ut in lucro habeant partes aequales, cum ea, quae de natura contractus sunt, semper obtineant, nisi contrarium a partibus pactum sit. ℟. quod ideo sic obtinet in casu objecto ex eo, quod socii partes lucri determinando, eo se retulisse videntur pro partibus damni, cum natura societatis exigat, ut easdem partes habeant in damno, quas habent in lucro.

Obj. *L.* 6 et 80 *ff. h. t.*, in quibus habetur: quod si socii convenerint, ut eas partes haberent, quas Titius constituisset, videatur electum arbitrium boni viri, quod arbitrium tale esse debat, ait J. C., ut non assignet partes aequales, sed proportionatas pecuniae collatae, industriae et labori sociorum; ergo signum est, quod de natura societatis sit, ut socii habeant partes proportionatas, et ita judex judicare debet, si quidem officium judicis in bonae fidei judiciis, et arbitrium boni viri comparentur. ℟. Ideo in casu objecto partes proportionatae statuendae sunt, quia simul ac socii voluerunt ut tertius partes definiret, eo ipso intenderunt se nolle habere partes aequales, adeoque arbiter non alias, quam proportionatas statuere poterat.

Sed an pacisci posset, ut unus majorem lucri partem habeat quam alter? Non est dubium quin talis conventio valeat, modo plus contulerit, vel majorem operam vel industriam attulerit.

§ XII.

Si jam a neutra parte interveniat industria vel opera, sed utrimque tantum et aequaliter pecunia conferatur, ita ut negotium societatis alteri suscipiendum mandetur conveniri, non poterit ut unus partem majorem lucri consequatur (*L.* 29 *ff. h. t*), ubi J. C. quaerit an possit pacisci, ut unus majorem partem lucri ferat quam alter, et ait, *posse, si modo aliquid plus contulerit societati vel pecuniae, vel operae*; si ergo nihil plus contulerit, ita pacisci nequit. Inde etiam deciditur in *L.* 5 § 2 *ff. h. t.*, donationis causa non recte contrahi societatem.

Obj. Quando inaequaliter contulerunt, valet pactum, ut partes aequales habeant; ergo etiam valet pactum ut partes inaequales ferant, dum aequaliter contulerunt. Disparitas est; quod quando, collatione inaequali facta, de partibus aequalibus paciscitur, hoc pactum nullo modo sit contra substantiam societatis, imo per hoc reducitur ad naturam suam, nam licet aequalitas arithmetica non sit praecise de essentia societatis, est tamen de ejus natura; sed in nostro casu tale pactum efficeret ut nulla aequalitas servaretur, nec arithmetica, nec geometrica, cum tamen alterutra sit de essentia societatis.

Obj. § 1 *inst. h. t.*, ubi sine distinctione dicitur, quod si expressae fuerint partes, hoc servari debeat. ℟. quod ibi tradit imperator, ita restringendum est, si modo conventio circa partes non evertat substantiam contractus, nam quae in *institutis* brevius traduntur, explicanda sunt per *digesta*; jam autem ex *L.* 29 *ff. h. t.* constat, non semper valere pactum, ut unus plus lucri habeat; sic etiam quod imperator paulo post dicit, nunquam fuisse dubium quin valeat conventio ut unus duas tertias lucri, alter unam tertiam ferat, ita intelligendum est, si unus plus contulerit, alias evidenter contradiceret *d. L.* 29.

Obj. Quamvis emptio venditio non valeat, si in totum donationis causa fiat, valet tamen, si fiat viliori pretio (*L.* 38 *ff. de contrah. empt. vend.*); quare ergo societas pro parte donationis causa fieri non posset? Disparitas est, quod emptio sit contractus, in quo uterque contrahentium lucrum facere intendit, unde scopus venditoris est vendere cariori quo poterit pretio, emptoris autem emere quo poterit viliori, ita ut ambo a se invicem lucrum facere nitantur; unde non obstat essentiae emptionis, ut viliori pretio, donationis causa fiat (*L.* 16 § 4 *ff. de minor.* 25 *annis*). Sed in societate intendunt quidem socii lucrum facere, verum non a se invicem, sed ab aliis, et ideo pecuniam et industriam conjungunt; unde si donationis causa pro parte iniretur societas, unus ab altero lucrum facere intenderet, quod esset contra scopum societatis.

§ XIII.

Posse socium a damno immunem per pactum servari, modo aliquid plus contulerit, probat *L.* 29

§ 1 *ff. h. t.* Ratio est, quod licet communio lucri sit de essentia societatis, non est tamen de ejus essentia, ut damnum sit commune; disparitas enim inter lucrum et damnum est, quod lucrum sit scopus societatis, adeoque ejus essentiam constituit; ast damnum non intenditur, nec speratur n sociis, unde ejus essentiam non constituit; adeoque respectu unius socii removeri potest vel in totum, vel pro parte (§ 2 *inst. h. t.*).

§ XIV.

Notandum autem, quod per lucrum hic intelligatur id, quod superest deducto damno, et viceversa damnum intelligitur, deducto lucro (*L.* 30 *ff. h. t.*): sic in supposito quod convenisset ut lucrum aequaliter divideretur, damnum vero ad unum solum spectaret, si forte primo mense lucrati sint 1200, secundo 1000 perdiderint, non audiretur ille sociorum, qui praetenderet 600 ex lucro primi mensis, et socium suum debere agnoscere damnum 1000 secundo mense factum; nam damnum factum secundo mense deducitur ex lucro primi mensis, quo facto, apparet lucrum esse 200, ex quibus quisque 100 auferet. Praeterea ad videndum an lucrum factum sit, deducenda est etiam pecunia a sociis collata, ita ut id quod superest veniat nomine lucri: sic si unus contulerit 1000 et alter 2000, primus percipiet sua 1000, secundus sua 2000, et quod supererit inter se divident aequaliter, aut juxta conventionem, quam iniverunt.

Quid si unus contulisset 1000, alter industriam tantum adhibuerit, et finita societate nihil remaneret nisi 1000, an illa communicari debent inter utrumque? Et verius videtur, quod ille qui contulit ea solus percipere debeat: ratio est, quod societas ineatur ad communicanda lucra, quae ex negotiatione proveniunt, non vero ad communicanda illa, quae quisque intulit; in casu autem, 1000 quae supersunt, non constituunt lucrum, sed tantum sortem ab uno collatam. Quod autem ab uno collata non communicantur cum altero, probat *L.* 58 *ff. h. t.*, ubi supponitur: quod cum tres equos haberes, ego unum, convenimus ut reciperes equum meum, et omnes quatuor simul per modum quadrigae venderes, et dares mihi unam quartam pretii ex venditione redacti: equus meus ante venditionem perierat: deciditur quod societas dissoluta sit, nec me posse unam quartam pretii, quod ex tuis equis redegisti, repetere, nec esse tuos equos mecum communicatos, *non enim*, ait J. C., *habendae quadrigae, sed vendendae, coitam societatem*: sicque, nisi specialiter contrarium actum sit, non communicantur ea quae quisque contulit, sed is qui contulit ea praecipua habet.

Sed numquid iniquum est in casu, ut qui pecuniam contulit, illam totam percipiat, alter autem nihil capiat, sed amittat operam et industriam, quam adhibuit? Minime, retinet enim industriam, tantum amisit usum suae industriae, sicuti alter amisit usum suae pecuniae; ergo in eo nulla iniquitas.

Ex dictis collige, quod si in casu nihil supersit, nequidem illa 1000, alter qui nihil contulit, conferenti 5000 praestare debeat, quia damnum ex societate emergens unum tantum ex sociis gravare nequit, quod contingeret, si in casu 500 conferenti non restituerentur.

§ XV.

Ex societate utrimque oritur actio pro socio uni sociorum contra alium competens, ut rationes administrationis reddat, lucrum communicet, damnum culpa levi datum reparet (*L.* 52 § 5 *et* 6 *ff. h. t.*).

Sed quid si socius, ex 1000 quae lucratus erat, fundum emerit, an adversus eum socius agere potest ut fundum communicet? ℟. negative; fundus enim ille non fuit acquisitus ex societate, sed ex contractu a Titio inito, qui nullam relationem habet cum societate; aget itaque socius, ut lucrum seu 1000, quae ex societate lucratus est, communicet, seu, ut mihi 500 praestet: sic etiam, si apud te 1000 deposuerim, et tu ex illis fundum emeris, non possum a te istum fundum petere, sed 1000 tantum (*L.* 6 *cod. de reivind.*): ultra lucrum ex societate perceptum, tenetur etiam socius de lucro quod facere potuisset, et culpa sua facere neglexit.

§ XVI.

Sed quid, si socius gerens negotia societatis damnum culpa levi causaverit v. g. ad 1000, postea vero sua industria 1000 lucretur, an damnum hoc cum lucro communicabitur? Ita Pomponius putabat, sed ejus sententia refellitur in *L.* 23 § 1, *L.* 25 et 26 *ff. h. t.*; debebit itaque socius illo damnum resarcire, et lucrum quod fecit communicare; ratio est, quod ut compensationi locus sit, debeat is, qui vult compensare, esse debitor et creditor simul, quod hic non contingit, nam socius ille est debitor lucri quod fecit, et etiam est debitor damni quod sua culpa dedit, sicque non sunt termini habiles ad compensationem.

Obj. *L.* 11 *ff. de negot. gest.*, ubi supponitur, quod is, qui absentis negotia gerebat, inceperit novum negotium, quod absens facere non soleret, quo casu gestor tenetur de damno, quod in isto novo negotio casu etiam fortuito contigit, et lucrum ex illo novo negotio ad absentem spectat; *si tamen*, inquit Pomponius, *in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens compensare lucrum cum damno debet*; si itaque negotiorum gestor lucrum cum damno possit compensare, quare etiam compensare non posset socius? Aliqui dicunt Pomponii sententiam refutatam esse in *L.* 23

§ 1, *L.* 25 *et* 26 *ff. h. t.*; et verum est refutari sententiam Pomponii quoad societatem, non vero quoad negotiorum gestionem: et ratio differentiae est, quod negotiorum gestor tantum obligatus sit, ut negotia domini tueatur in eodem statu, non vero ut lucrum domino adferat; si ergo lucrum attulit, quod dominus facere non solebat, aequitas postulat ut hoc lucrum cum damno compenset; quamvis itaque compensatio stricto jure hic operari non posset, ex aequitate tamen fuit admissa, sed socius obligavit se ad lucrum adferendum sua industria, unde, dum lucrum facit, nihil aliud facit, quam adimplere obligationem suam, debet quoque socius a damno dando abstinere, et adeo non adest aequitas, ut damnum cum lucro compensetur.

§ XVII.

Datur etiam actio pro socio, ut socius repetat damna, quae in rebus suis propter societatem passus est, item ut repetat ea, quae in causam societatis impendit (*L.* 67 § 2 *ff. h. t.*, *L.* 3 *ff. de exercit. act.*).

In actione pro socio hoc speciale est, quod socius qui ea convenitur gaudeat beneficio competentiae, seu, quod non ultra condemnetur, quam facere potest, ut nimirum ei relinquatur modicum unde vivat; quod statutum est propter amicitiam et fraternitatem quamdam, quae inter socios viget, quae sane non patiebatur ut amicus amicum funditus ad inopiam redigeret (*L.* 16 *de re judic.*, *L.* 63 § 1 *et* 2 *ff. h. t.*).

§ XVIII.

Differt actio pro socio ab actione communi dividundo, quod actioni pro socio locus non sit, nisi societas contrahatur, communi dividundo locus sit, quocumque modo res communis sit: ut actioni communi dividundo locus sit, debet res aliqua esse communis, actioni pro socio autem sufficit societatem initam esse: prior tendit ad divisionem rei communis, posterior, ut communicetur (*L.* 43 *ff. h. t.*), ubi dicit J. C., quod actio pro socio adjudicationes non admittat, quia scilicet judex non potest divisionem facere, nisi simul adjudicet.

Obj. *L.* 1 *ff. comm. divid.*, ubi dicitur, *quod actio pro socio magis ad personales invicem praestationes pertineat, quam ad communium rerum divisionem*: sicquo J. C. videtur insinuare, quod etiam ad divisionem tendat. R'. quod J. C. per haec verba *magis* etc. intelligat actionem pro socio ad praestationes tantum personales pertinere, et nullo modo ad divisionem; ista enim loquendi formula aliquando in legibus Romanis usurpatur, ut constat ex *L.* 63 *ff. si serv. vind.*, *L.* 12 § 12 *ff. mandati.*

§ XIX.

Societas finitur, ut ait J. C. in *L.* 63 § *ult. ff. h. t.*, *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione*. Ex personis, quod contingit morte unius socciorum, ita ut non transeat ad heredes, sicut alii contractus: ratio hujus est, quod in societate respiciatur fides et industria socii, quae personalia sunt, cum fieri possit ut heres socii nullo modo sit idoneus ad negotia gerenda, et hoc adeo firmiter constitutum est ut, licet socii convenissent ut, uno socio mortuo, ejus heres in societate succederet, pactum illud superstites socios non devinciat (*L.* 35 *et* 59 *ff. h. t.*); plerumque enim ignoratur quis heres futurus sit, cum tamen in societate socios eligere, non vero in eos casu fortuito incidere debeamus. Sane si post mortem socii, heredem ejus in societate assumere velint, quominus hoc fiat, nihil obstat, sed intelligetur nova societas contracta (*L.* 37 *ff. h. t.*). Caeterum quamvis heredes socii in societate non succedant, tamen participes fiunt omnis lucri et damni, quod factum est tempore quo duravit societas (*L.* 65 *et* 59 *ff. h. t.*).

Ita dissolvitur societas morte unius sociorum, ut quoad superstites etiam sit dissoluta (*L.* 65 § 9 *ff. h. t.*); quia dum plures societatem ineunt, intendunt et contemplantur mutuam industriam, ita ut saepe contingat ut superstites societatem non inivissent, si jam inde alter mortuus esset; illo tamen mortuo, nil obstat quominus aliam inter se societatem ineant, sicuti nil obstat quominus ab initio societatis, vel etiam postea ante mortem unius sociorum, paciscatur ut si unus moriatur, inter reliquos remaneat societas (*d. L.* 65 § 9 *ff. h. t.*).

§ XX.

Inter eos autem, qui societatem ineunt vectigalium a fisco vel republica conductorum causa, non finitur morte unius (*L.* 59 *ff. h. t.*); hoc etiam in publica vectigalium societate singulare est, ut pacisci possit heredem socii in societate succedere. Cur autem hoc ita placuerit est, quod in societate vectigalium socii locationem conductionem inivèrint, adeo ut omnes ex conductione obligati sint, quae obligatio, utpote ad heredes transmissa, eos fisco vel reipublicae devincit; hinc etiam est, quod quamvis non convenerit ut heredes succederent in illa societate, fiant tamen participes omnis lucri et damni postea in vectigalibus contingentis (*L.* 63 § 8 *ff. h. t.*).

§ XXI.

Finitur societas finito negotio, super quo erat inita, cum tunc ejus objectum deficiat (*L.* 65 § 10 *ff. h. t.*), vel finito tempore ad quod erat inita.

§ XXII.

Finitur quoque publicatione, seu confiscatione omnium bonorum unius socii, quod fit v. g. dum deportatur, quo casu, cum habeatur pro civiliter mortuo, finitur societas non secus ac si mortuus esset (*L.* 65 § 12 *ff. h. t.*): idem est de cessione bonorum, quando nempe debitis obaeratus bonis cedit.

§ XXIII.

Renuntiatione unius sociorum finitur etiam societas, quod hic singulare est, quod unus invito altero a contractu recedere possit; sed ratio hujus fuit, quod non expediat ut socius invitus in communione vel societate remanere compellatur, praeberetur enim occasio litibus, quae ex communione et societate pullulare compertum est. Non potest tamen socius fraudulenter nec intempestive renuntiare, nam si v. g. unus eorum, qui societatem universalem inierant, contemplatione hereditatis lucrosae renuntiaverit societati, ut scilicet illius sociis communicandae necessitatem evitet, rumpetur quidem respectu illius societas, quoad lucrum in posterum faciendum, sed non solvitur respective ad lucrum, cujus intuitu renuntiavit; itaque in casu, non obstante renuntiatione, cogetur illam hereditatem cum socio communicare, nisi damnosa esset, quo casu damnum ad ipsum solum pertinebit (*L.* 65 § 3 *ff. h. t.*). Quod si societas ad certum tempus inita sit, nisi ex justa causa renuntiatio fiat, is qui ante tempus renuntiat, socium quidem a se liberat, sed a socio non liberatur (*L.* 65 § 6 *ff. h. t.*); si itaque alter socius lucrum fecerit, ejus solius erit; si damnum, commune erit; quod si renuntians lucrum fecerit, communicare tenebitur (*L.* 14 *et seqq. ff. h. t.*).

§ XXIV.

Tandem finitur societas actione, quando nempe socii novationem inter se faciunt, et ita societatem extinguunt, vel quando agunt actione pro socio, modo tamen agant eo fine ut dissolvatur societas (*L.* 65 *ff. h. t*). Nihil enim implicat quominus, manente societate, unus contra alterum agat, si forte alter nolit lucrum in medio conferre (*L.* 65 § 15 *ff. h. t.*).

LIBER OCTAVUS DECIMUS

—

TITULUS I.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE, ET DE PACTIS INTER EMPTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS, ET QUAE RES VENIRE NON POSSUNT.

§ I. Quid emptio-venditio.
§ II. Si simpliciter conveniat ut emptio in scriptis celebretur, an ante scripturam perfecta intelligetur emptio.
§ III. De primo substantiali emptionis, scilicet consensu, et errore consensum impediente.
§ IV. Quid si in accessionibus erratum sit.
§ V. De secundo substantiali, scilicet pretio.
§ VI. De tertio substantiali, nimirum merce.
§ VII. An venditio rerum, quae sunt extra commercium, est prorsus nulla.
§ VIII. Quid si res tempore contractus perierit.
§ IX. Sed quid, si pars tantum perierit.
§ X. De venditione facta ad mensuram et ad corpus.
§ XI. Quid juris, si fundus ad corpus sit venditus, et mensura tantum expressa sit demonstrationis causa.
§ XII. Quid si quis duos fundos uno pretio vendens, unum dixerit 100 jugerum, cum tantum esset 90, alium dixerit 100, cum esset 110, an excessus unius compensabit quod in alio minus est
§ XIII. An fundo ad corpus vendito, semper tenetur venditor, si modus minor inveniatur.
§ XIV. De conditione adjici solita, quando fundus ad mensuram venditur.
§ XV. Quandonam emptio dicitur perfecta.
§ XVI. Effectus ejus.
§ XVII. Quomodo contrahi potest emptio-venditio.
§ XVIII. De pactis emptioni adjici solitis.
§ XIX. De pacto constituti possessorii et reservati dominii.

§. I.

Emptio-venditio definitur, contractus bonae fidei consensu constans, quo id agitur, ut res cum pretio commutetur; ex qua definitione patent tria hujus contractus substantialia, merx, id est res quae venditur, pretium quo venditur, et consensus. Requiritur itaque imprimis consensus emptoris et venditoris, ita quidem ut solus consensus sufficiat, quomodocumque exprimatur, etiam per nuntium, epistolam etc.; et ideo hic contractus consensu iniri dicitur, eoque praestito, emptio-venditio perfecta est, licet merx non sit tradita, nec pretium solutum; statimque obligatur venditor ad rem tradendam, et emptor ad pretium solvendum.

Ex dictis sequitur, quod nec verbis, nec scriptura ad valorem venditionis opus sit, nisi convenerit ut scriptura interveniat; et siquidem placuerit inter partes, ut non prius perfecta esset venditio, quam si in scriptis redacta sit, seu si consensum suum a scriptura suspenderint, certum est venditionem non fore perfectam, nisi scriptura intervenerit; sed si hic et nunc in venditionem consenserint contrahentes independenter a scriptura, ita ut quidem eam intervenire voluerint, sed tantum probationis causa, dubium non est quin ab initio, sine ulla scriptura, perfecta sit venditio.

§ II.

Sed quid si simpliciter convenerit, ut in scriptis celebraretur venditio, ita ut non appareat quid actum sit inter contrahentes, an nempe voluerint consensum suum a scriptura suspendere, erit ne

tunc emptio perfecta antequam scriptura intervenerit? Et videtur in dubio dicendum emptionem non esse perfectam, antequam intervenerit scriptura, seu quod praesumantur contrahentes consensum suum a scriptura suspendisse (*L.* 17 *cod. de fide instrum.*, *princ inst. h. t.*), in quibus locis expresse statuit imperator, non alias valere venditionem, *quam si instrumentum confectum sit, et subscriptionibus munitum*; aliqui imperatorem intelligunt de casu, ubi constat contrahentes consensum suum suspendisse, quatenus in *d. L.* 17 loquitur de venditione et aliis conventionibus, *quas in scriptis fieri placuit, quas in istrumento recipi convenit*; sed si ad hunc casum imperatorem restringamus, tunc sequetur quod nihil novi in hac lege statuerit, nam ante illam legem, ex juris principiis ita obtinebat ut, dum contrahentes suspendunt suum consensum a scriptura, non alias valeat contractus, quam si scriptura intervenerit; profitetur tamen imperator se aliquid novi in illa lege introducere, adeoque dici debet statuisse ut, si convenerit ut emptio in scriptis fieret, censerentur contrahentes consensum suum a scriptura suspendisse, et proinde non aliter perfectam esse emptionem, quam si scriptura intervenerit.

§ III.

Ex eo, quod consensu circa rem et pretium nitatur emptio-venditio, sequitur quod, quoties cumque non concurrit consensus utriusque circa eandem rem et pretium, nulla sit venditio; hinc, cum error consensum tollat, si intervenerit in emptione-venditione, saepe eam reddet nullam. Loquimur autem de errore, qui in ipso contractu incidit, qualis est v. g. dum in ipsa re, quae venditur, erratur, seu in corpore, vel substantia, aut in pretio; nam si errore inductus sim ad contrahendum, in ipso autem contractu non errem, nec in ejus substantialibus, talis error non reddit venditionem nullam, et quod dicitur errantis nullum esse consensum, hoc eatenus tantum verum est, quod non consentiat in eo in quo errat: sic v. g. si emam librum, quem putabam me non habere, licet talem librum jam habuerim, valebit tamen emptio, quoniam in ipsa venditione non erro: sic etiam si dolo inductus aliquid emam, valebit emptio, quia revera consentio, licet consensurus non fuissem, si scivissem me decipi. Quod si error interveniat in ipso contractu emptionis, ut sciamus an valeat emptio, videndum an erretur in corpore, an in substantia seu materia rei, an vero in qualitate: si in corpore erretur, emptio est prorsus nulla, quia ille error consensum tollit; unde si quis putet se emere fundum Cornelianum, et alter seu venditor crederet se vendere Sempronianum, emptio non valebit.

Si vero erratum sit in substantia seu materia, ut, si quis emat acetum, cum putaret esse vinum, vel vas aeneum credens illud esse aureum, iterum defectu consensus non valebit venditio: idem erit, si non in tota materia, sed in majori ejus parte erratum sit; ast si in minori parte materiae erratum sit, valebit venditio, quia major pars ad se trahit minorem (*L.* 9 *princ.*, *L.* 14 *ff. h. t.*). Sed si error intervenerit in qualitate materiae, ut si aurum quidem sit, sed deterius quam emptor existimabat, valebit venditio (*L.* 9 § 2, *L.* 10 *et* 11 *ff. h. t.*); verum emptor sibi consulere poterit per actionem quanti minoris.

Qui sustinent, errorem in materia intervenientem non irritare emptionem, nobis objiciunt, quod talis error nec stipulationem nec pignus vitiet (*L.* 22 *ff. de verb. oblig.*, *L.* 1 *ff. de pign. et hyp.*). Sed disparitas est, quod in pignore uti et in stipulatione creditoris aut stipulantis interest pignus vel stipulationem saltem in aere subsistere, alias enim nihil ex tali contractu consequerentur; ast emptoris non interest emptionem valere, etenim si emptio valeret, is obligaretur ad pretium exsolvendum valorem rei excedens.

Objiciunt *L.* 21 § 2 *ff. de act. empt.* Sed ℟. quod in lege objecta non agatur de errore in materia, sed de errore in quantitate materiae, scilicet agitur de eo qui mensas citreas, cum citreae non essent, emerit; talis autem error non in substantiam, sed in qualitatem duntaxat cadit, cum ligna tantum quoad qualitatem inter se differant: aliud est in metallis, v. g. si aes pro auro veneat, quia metalla quoad substantiam differunt: quod autem talis fuerit philosophia Pauli in lege objecta patet exinde, quod Paulus eum errorem vocet errorem qualitatis.

Objiciunt *L.* 45 *in fine ff. h. t.* Sed ℟. quod ibi agatur de casu, quo quis habens duo vasa ejusdem figurae, unum ex auro, alium ex orichalco, unum vendidit ei qui putabat utrumque esse aureum, cique tradiderat vas ex orichalco: dicit J. C. quod venditor teneatur aureum, quod vendidit, praestare, nam illud revera fuit venditum et non aliud; dicitur quidem, quod vas orichalcum *sit venditum*, sed hoc sensu quod venditionis causa fuerit traditum, nec aliter lex illa exponi potest.

Sed quid si corpus deauratum pro aureo venditum sit, an valebit talis emptio? ℟. negative; erratum enim est in substantia corporis, nam particulae aureae superficiei adjectae non mutant substantiam ejus, nec appellatione auri tale corpus continetur (*L.* 19 § 6, *L.* 36 § 1 *de aur. et arg. leg.*): aliud esset, si aurum aeri fuisset mixtum, ita ut corpus illud posset dici aureum, tunc enim in substantia erratum non esset.

Obj. *L.* 14 *ff. h. t.* Sed illa lex per *inauratum* non intelligit corpus, in cujus sola superficie est aurum, sed tale quod substantiae suae aurum habet immixtum, ut patet ex viriola ibi adducta, quae

cum pro puro auro esset vendita, fuerit tamen pro magna parte reperta aenea, id est conflata partim ex auro, partim ex aere, et dicit *venditionem valere;* addit rationem *quod auri aliquid habeat*, tum addit *nam si inauratum aliquid sit*, quae verba per modum oppositionis prolata intelligi debent de specie, de qua prius egimus.

§ IV.

Quod si non fuerit erratum in re vendita, sed in accessione rei venditae, valebit emptio, v. g. si in venditione fundi dietum sit accedere Stichnm servum, et de alio venditor, de alio emptor senserit (*L.* 34 *ff. h. t.*); nam sicuti per accessionem non confirmatur principale, ita non debet principale per accessionem vitiari; sed qualis Stichus praestandus erit? ℟. Quem venditor intellexit (*L.* 34 *ff. h. t.*).

Obj. Pactio ambigua contra venditorem interpretanda est. ℟. quod pactio haec non sit ambigua, nam certum est venditorem de uno, emptorem de alio sensisse; unde nulla erat ratio contra venditorem hoc pactum interpretandi.

§ V.

Secundum substantiale venditionis est pretium. Requiritur autem, ut pretium illud sit certum, ac proinde in arbitrium unius contrahentium conferri non potest (*L.* 35 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 13 *cod. h. t.*); dupliciter autem potest dici certum, vel per se, ut vendo tibi illam rem 100; vel per relationem ad aliud, ut, quanti emisti, quanti in arca habeo (*L.* 7 § 1, *L.* 37 *ff. h. t.*). Sed quid si pretium sit commissum arbitrio tertii certi? Si tertius illo definiverit, emptio perfecta erit, et juxta ejus definitionem pretium solvendum erit: quod si tertius ille aut noluerit, aut non potuerit pretium determinare, tunc deficiente conditione, non intelligitur emptio-venditio. Quod si pretium commissum sit arbitrio tertii incerti, nihil actum erit (*L. ult. eod. h. t.*); nam circa electionem istius tertii perpetuo possent dissentire, et sic iis invitis non posset nasci obligatio. Sed quid si tertius illo pretium iniquum determinaverit? Videndum an pretium excedat duplum valoris rei, quo casu laesus uti poterit remedio *L.* 2 *cod. de rescind. vend.*: quod si non excedat duplum, statutum pretium quantumvis iniquum solvendum erit, nec reduci poterit ad arbitrium boni viri (*L. ult. cod. h. t.*); ratio est, quod unusquisque teneatur adimplere obligationem a se susceptam; jam autem, quando de voluntate utriusque contrahentium pretium collatum est in arbitrium tertii, obligaverunt se contrahentes ad solvendum pretium, quod ille tertius determinaturus esset; praeterea, eum pretium conferant in arbitrium tertii, hoc certo intendunt, ut sic tollant omnem difficultatem ac controvers circa pretii determinationem; jam autem con rium praecise contingeret, si reduci deberet ad bitrium boni viri, qui enim se vel minime laes putaret, contenderet justum pretium determinat non esse, ex quo innumerae orirentur lites.

Nec obstat *L.* 79 *ff. pro socio*, in qua dicit quod si determinatio partium societatis collata in arbitrium tertii, isque partes iniquas deter naverit, arbitrium ejus corrigi debeat per judici bonae fidei. Nam disparitas est, quod societas contractus, in quo viget jus fraternitatis, quae qualitatem maxime desiderat; hinc etiam credit quod ubi socii determinationem partium in t arbitrium contulerunt, non tam respexerint ad bitrium tertii, quam potius ad arbitrium boni v at jus illud fraternitatis in emptione locum non bet, sed saepe initur ut unus ab altero lucrum eiat; unde illa aequalitas non attenditur, et a contrahentes potius ad arbitrium, quam ad aeq litatem pretii respexisse creduntur.

Pretium debet consistere in pecunia numer unde si loco pecuniae res alia detur, non emp sed permutatio contracta erit. Sed quaeritur an initio inter contrahentes id agi non possit ut, va manente emptione-venditione, loco pecur alia res detur? Haec quaestio olim controversa inter Sabinianos et Proculejanos, ut constat ex 1 § 1 *ff. h. t.* Sabiniani contendebant ita ve tionem contrahi posse; ast praevaluit sententia P culejanorum et recta, quia in emptione-venditi semper distincta sunt merx et pretium, item ptor et venditor; haec autem amplius distingui possent, sed omnia confunderentur, utrum enim posset dici merx, utrumque pretium, ut que contrahentium emptor, uterque venditor: e terum, licet tali casu non esset emptio-vendit nihil tamen impedit quominus tale negotium beat omnes effectus emptionis venditionis; i enim contrahentes efficere non potuerunt ut neret emptio, quia mutata forma contractus, eti ipse contractus mutari debet; sed cum contrah tes hoc casu non intenderint se aliter oblig quam ex natura emptionis obligati fuissent, ex mili permutatione, venditionis eaedem obligatio orirentur, quae ortae fuissent, si verem iniviss emptionem. Hinc si habeam rem venalem, qu Titius emere cupit, et offerat mihi rem aliam fectu pecuniae paratae, rogans ut eam accipi loco pecuniae, quamvis hoc casu permutatio contracta, tamen negotium illud habebit omnes fectus emptionis-venditionis; hinc condictioni capite poenitentiae locus non erit, si res una e eatur, evictionem passus habebit actionem de ctione, non vero condictionem causa data ca non secuta. Unde nota quod, licet contrahentes mutare non possint substantialia alicujus cont ejus, possint tamen ita contrahere, ut contrac

quem ineunt sequatur regulas alterius contractus: hoc probat *L.* 1 *cod de rer. permut.*, ubi casus noster praecise proponitur.

Sed quid, si pro merce partim pecunia detur, partim alia res? Si pecunia praevaleat erit venditio, si res praevaleat, permutatio, quod si neutrum praevaleat erit ille contractus, quem dixerunt contrahentes, si vero nec de hoc constet, erit emptio, utpote permutatione frequentior.

§ VI.

Tertium substantiale emptionis est merx (*L.* 8 *ff. h.t.*). Circa mercem haec tenenda est regula, quod omnium rerum quae sunt in commercio, tam mobilium quam immobilium, tam corporalium quam incorporalium, venditio recte fiat; quas vero natura, vel jus gentium, vel religio, vel leges commercio exemerunt, earum nulla venditio est (*L.* 34 § 1 *ff. h. t.*); futurae quoque res recte venduntur, ut fructus nascituri, earum autem rerum venditio sub conditione facta intelligitur, scilicet si nascantur (*L.* 8 *ff. h. t.*).

Aliquando sine merce intelligitur venditio, quod fit in alea empta, seu dum emptio spei contrahitur; ut, si jactum retis a piscatore emam, quo casu, etiam si nihil capiatur, pretium tamen solvere cogar (*L.* 8 § 1 *ff. h. t.*). Nihil quoque interest quoad contractum venditionis, an quis rem propriam, an alienam vendat (*L.* 28 *ff. h. t.*): caeterum talis venditio domino non nocebit, quia a quocumque possessore dominus potest rem suam vindicare. Nec obstat quod hic venditor dominium transferre non possit, nam in emptione - venditione tantum agitur de transferenda vacua possessione; si autem ab emptore dominus rem evincat, indemnis servabitur per actionem de evictione. Quid autem circa emptionem rei furtivae obtineat, repete ex *Hein. Recit.*, item vide *L.* 34 § 3 *ff. h. t.*

§ VII.

Venditio autem rerum, quae sunt extra commercium, est prorsus nulla (*L.* 34 § 1 *ff. h. t.*); nec obstant *L.* 4 *et* 6 *ff. h. t.*, nam quod ibi dicitur *valere emptionem hominis liberi, si emptor illius conditionis sit ignarus*, intelligi debet, quod eo sensu valeat venditio, ut emptor habiturus sit actionem adversus venditorem, quanti sua interest, qua non obstante venditio est nulla (*L.* 62 § 1 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Quid si res tempore contractus perierit? Si tota perierit, defectu mercis, nulla erit venditio, haec enim sine re, quae venditur, intelligi non potest; hinc si domus, quae venditur, ante venditionem sit combusta, nulla erit emptio (*L.* 57 *ff. h. t.*). Eaque ratione recte resolvit Papinianus in *L.* 58 *ff. h. t.*, quod si arbores fuerint vento dejectae vel igne exustae, emptio fundi non possit videri contracta, si contemplatione illarum arborum fundus emebatur.

Obj. Dum domus est combusta extat area, jam autem area est maxima pars domus. ℟. Area non potest intelligi pars illius domus, quae non existit amplius, sed tantum est pars domus quae extitit; unde, cum domus perierit, verum est mercem non amplius existere.

Obj. Si domus esset legata, adhuc valeret legatum quoad aream, item hypotheca in area adhuc existeret. ℟. Haec ita sunt, quia legatarii et creditoris interest legatum et hypothecam in area subsistere, emptoris autem potius interest dissolvi emptionem, quam subsistere.

Obj. Saltem in casu *L.* 58 emptio fundi deberet valere, nam licet arbores omnes sint dejectae, semper remanet fundus. ℟. quod objectum emptionis in casu *L.* 58 non fuerit fundus simpliciter, sed sylva, nam arborum contemplatione fundus comparabatur. Nec facit, quod arbores sint tantum accessio fundi, nam fundus in casu non ratione sui, sed arborum emptus fuit; unde in mente contrahentium fundus ut accessio, arbores ut principale habita fuerunt.

§ IX.

Sed quid si non tota domus, sed tantum pars tempore contractus combusta sit? A potiori desumitur denominatio domus; itaque si major pars fuerit combusta, tunc perinde erit ae si tota domus fuisset combusta, si vero dimidia vel pars minor, valebit venditio, ita tamen ut pretium arbitrio boni viri diminuendum sit (*L.* 57 *ff. h. t.*). Ulterius hic notandum, quod si venditor sciverit domum totam vel pro parte esse combustam, et emptor id ignoraverit, teneatur venditor ad id quod emptoris interest (*L.* 57 § 7 *ff. h. t.*).

Quid si unico pretio duos servos a te emerim, et unus eorum ante venditionem mortuus sit, an in alio subsistet emptio? Si unum propter alium emerim per modum bigae, tota emptio erit nulla, si secus, pro restante subsistet.

§ X.

Duplex potissimum est emptionis contrahendae ratio; etenim, vel *ad corpus* seu *per aversionem*, quod sic vocari solet ex eo quod venditor statim a se avertat periculum, vel *ad numerum*, vel *pondus*, vel *mensuram*. Ad corpus dicitur fieri venditio, quae sine conditione mensurationis aut ponderis statim est perfecta, ita ut in ea principaliter habeatur ratio illius corporis, sive speciei. Ad mensuram, quando res quae pondere, numero, vel

Digitized by Google

mensura constat, ad numerum, pondus, vel mensuram venditur, ita ut pro singulo numero etc. pretium statuatur. Maxime autem interest an venditio facta sit ad corpus, vel ad mensuram; dum enim ad corpus facta est, statim ac inter emptorem et venditorem de re et pretio conventum est, perfecta est venditio, hinc periculum statim est emptoris; si vero ad numerum facta sit, non intelligitur perfecta venditio antequam merx sit numerata, vel ponderata, vel mensurata, adeoque nec ante periculum pertinet ad emptorem (*L.*35 § 5. 6 *et* 7 *ff. h. t.*); deinde si ad corpus facta sit venditio, non variatur pretium, sicuti in venditione quae fit ad pondus, mensuram etc.

In rebus fungibilibus facile discernitur, an ad mensuram, an ad corpus facta sit venditio; si enim in singulas mensuras v. g. frumenti, vel in singulas libras v. g. butyri pretium statutum sit, venditio erit facta ad mensuram; quod si pro toto cumulo frumenti, vel pro toto vase butyri, quomodocumque sit, unicum pretium sit statutum, venditio facta erit ad corpus. In agris vero saepe dubitatur an ad corpus, an ad mensuram venditum sit, et quidem si nullius mensurae vel quantitatis mentio facta sit, v. g. vendo talem fundum *his finibus circumscriptum*, ad corpus facta erit venditio; quod si mentio mensurae facta sit, tunc, vel taxationis, vel demonstrationis causa adjecta est; si demonstrationis tantum, venditio erit facta ad corpus; si taxationis, erit facta ad mensuram; utrum autem demonstrationis, an taxationis causa mentio mensurae facta sit, ex verbis contractus colligendum est, et quidem si venditio a corpore incipiat, et postea subjiciatur mensura, v. g. si dictum sit *vendo tibi fundum his finibus circumscriptum, qui est quinque jugerum*, venditio facta erit ad corpus; quod si venditio incipiat a mensura, vel quantitate rei, et postea tantum res subjiciatur, v. g. si dictum sit *vendo tibi decem jugera fundi Semproniani*, mensura per modum taxationis intelligetur adjecta, adeoque venditio dici debebit ad mensuram facta. Ratio est quod priori casu contrahentes primario respexerint ad corpus, posteriori ad mensuram: haec ita, nisi ex contractu aliud appareat, nam licet mentio corporis prius facta sit, sed postea additum sit, *tantum esse venditum, quantum in mensura reperietur*, palam est, quod contrahentes non ad corpus, sed ad mensuram respexerint; item si ad singulas mensuras pretium statutum sit, non erit dubitandum quin secundum majorem vel minorem mensuram varict pretium (*L.* 40 § 2 *ff. h. t.*).

§ XI.

Quid jam juris erit, si fundus ad corpus sit venditus, mensura vero tantum expressa sit demonstrationis causa, et major, vel minor quantitas reperiatur quam dictum est? Si major inveniatur, cedet commodo emptoris (*L.*45 *ff. de evict.*); ratio est quod emptori debeat praestari corpus illud, quod venditum est, jam autem venditus est fundus talibus limitibus circumscriptus; sequitur ergo fundum illum praecise praestari debere. Quod si minor modus inveniatur quam dictum est a venditore, tunc, licet ad corpus facta sit venditio, eo nomine tenebitur venditor, idque sive sciens minorem esse modum, dixerit eum esse majorem, sive ignorans majorem modum dixerit (*L.*2 *princ.*, *L.* 4 § 1, *L.* 6 *princ.*, *L.* 13 § 14 *ff. de act. empt.*, *L.* 69 § *ult. ff. de evict.*).

Obj. Si major modus inveniatur, cedet lucro emptoris, ergo si minor inveniatur, erit damno ejusdem. ℟. Disparitas est quod dum minor modus invenitur, venditor non praestaret emptori quod de re vendita affirmavit; aliud est, quando major modus invenitur.

Sed quid si inveniatur quidem quantitas illa, quam venditor subesse dixit, sed non inveniatur eadem quantitas, quam dixerat, v. g. tot dixerat in vineis, tot in pratis, tot in silvis, et major modus in silvis, minor in pratis, vel vineis reperiatur? Si intersit emptoris plus in vineis, quam in silvis habere, tenebitur venditor emptori utpote laeso (*L.* 22 *et* 34 *ff. de act. empt.*).

§ XII.

Quid ergo si idem venditor unico pretio duos fundos tibi vendiderit, et unum dixerit esse 100 jugerum, qui tantum est 90, et alterum dixerit esse 100, cum esset 110 jugerum? Stricto quidem jure posset conveniri venditor ratione ejus, quod deest fundo minori, nec prodest ei quod in alio major quantitas reperiatur; sed rectius est et aequius, ut admittatur compensatio ejus quod in uno agro minus est, cum eo quod in alio agro plus est, et ita si ratione qualitatis nihil emptoris intersit, doli exceptio venditori sit profutura: ita eleganter Paulus in *L.* 42 *ff. de act. empt.*

Obj. quod ut habeantur termini habiles ad compensationem, debeat idem esse debitor et creditor simul, jam autem venditor in vestro casu non est debitor et creditor simul. ℟. Non dicimus talem hic adesse compensationem, per quam contribuuntur debitum et creditum simul inter se, talis enim hic non subest; sed dicimus quod excessus, qui est in uno fundo, debeat contribui cum eo quod in altero deest, quod ita contra strictum jus ex aequitate receptum est.

Inst. Atqui hoc nequit admitti, nam, dicunt, si diversis pretiis illi fundi fuissent venditi, hoc non admitteretur. ℟. Disparitas est, quod dum diversis pretiis fundi sunt empti, diversae sint venditiones, ita ut tam separatum sit lucrum ejus quod in uno accedit, a damno ejus quod in altero deest, nec emptor pati debet, ut quod ex una venditione

lucratus est, perdat propterea quod in alia minus est; at in casu nostro est unica venditio, ita ut lucrum in uno fundo non sit separatum a damno in alio fundo contingente, et adeo facilius admittitur compensatio.

Obj. *L.* 23 § 1 *ff. pro socio*. R. Ibidem non admittitur compensatio lucri, quod socius attulit cum damno quod aliunde societati attulit, quia socius illud lucrum debebat adferre societati, et non poterat aliunde damnum societati inferre; at venditor in casu nostro non tenebatur ad illud augmentum unius fundi emptori procurandum, sed satisfaciebat ratione istius fundi, quamvis fundus ille non habuisset majorem modum, quam subesse dixerat.

§ XIII.

An fundo ad corpus vendito, venditor semper tenetur, si modus minor inveniatur quam dixerat? Si expresse hoc actum sit, ne teneatur eo nomine, non tenebitur, modo dolus ex ejus parte absit, nam si emptorem sciens deceperit, puta sciens minorem esse modum, majorem dixerit, quamvis pactus esset se nolle teneri casu quo minor modus inveniretur, eo nomine tenebitur (*L.* 39 *de act. empt.*).

§ XIV.

Quando fundus venditur ad mensuram, solet adjici pactum, ut emptor intra certum tempus illum metiatur, ut de modo renuntiet. Huc spectat *L.* 40 *princ. ff. h. t.*, ubi convenerat ut emptor intra triginta dies modum fundi renuntiaret, et si ante illum diem non renuntiasset, venditor liberatus esset: emptor intra illud tempus renuntiavit minorem esse modum, quam venditus fuerat fundus, et pro rata illius diminutionis pecuniam receperat: postea, cum ipse rursus fundum vendidisset, invenit multo minorem agri modum, quam ante renuntiaverat: quaeritur an a suo venditore id consequi possit. Et dicitur, quod si dictum esset: *ut emptor intra* 30 *dies proximos fundum metiatur, et domino renuntiet quanto modus agri minor esset, quod si non renuntiasset, venditionis fides esset soluta*, tali casu emptori nihil prosit, si post diem trigesimum renuntiasset, sed tunc debet solvere secundum modum, quem ab initio venditor dixit, licet postea minorem modum invenerit, sibi enim imputet quod pacto non parens damnum sentiat: quod si simpliciter, ut *intra triginta dies proximos fundum metiatur, et pro qualibet mensura certum pretium solveret*, tunc hujus pacti haec vis erit, ut mensura intra id tempus renuntiata tantum solvatur, quantum poscit numerus renuntiatorum tunc jugerum, quod si postea minor numerus deprehendatur, ex pacto agi possit ad errorem calculi corrigendum: et sane, quia jam hoc actum non est ut emptor, non admenso intra triginta dies fundo, eum qualiscumque erit certo pretio emptum habeat, sicuti in casu priori, ubi certus numerus jugerum expressus erat, sed venditor non expressa mensura non plus vendidit, quam in fundo erat.

§ XV.

Emptio venditio perfecta est statim ac de re et pretio rei vendendae inter emptorem et venditorem convenit, licet pretium necdum sit numeratum, nec arrha data, nec res vendita tradita sit: quod si tamen convenerit, ut venditio in scriptura fiat et ab ea suspendatur, non prius erit perfecta, quam scriptura intervenerit: quod si hoc casu arrha in signum subsecuturae emptionis data sit, is qui eam dedit, eam amittet si contrahere nolit; si vero emptio non celebretur, quis is qui arrham recepit ab emptione recedat, duplicatas arrhas restituere tenebitur (*L.* 17 *in fin. cod. de fide instr.*).

§ XVI.

Effectus emptionis venditionis perfectae est, quod utrimque oriatur efficax obligatio, de qua agendum erit sub *tit. de act. empt.*, et quod periculum rei venditae transeat in emptorem, de quo agemus sub *tit. de comm. et peric. rei vend.*

§ XVII.

Emptio-venditio contrahi potest, vel pure et simpliciter, quo casu statim est perfecta; vel in diem, quo casu, vel dies adjicitur ut terminus ad quem res venditur, et haec emptio erit pura et post lapsum diei, saltem per exceptionem finietur (*L.* 80 § 2 *ff. h. t.*); vel dies adjicitur ut terminus a quo, et hoc casu obligatio saltem nata est, licet ante diem agi non possit; vel sub conditione fit emptio venditio, cum in aliquem casum differtur, et hoc casu obligatio tantum nascetur existente conditione, ita ut tunc perficiatur non secus ac si ab initio pure contracta fuisset, nec pendente conditione liceat poenitere, invito altero, sed eventus conditionis erit expectandus; quod si per alterutrum steterit quominus conditio impleatur, tunc perinde habebitur ac si impleta fuisset, adeoque agi poterit ut si conditio evenisset (*L.* 50 *ff. h. t.*).

§ XVIII.

Praecipua pacta venditioni adjici solita sunt addictio in diem, legis commissoria, de retrovendendo, de quibus agemus sequentibus titulis. Sed et alia quaecumque honesta et licita adjici possunt, ut v. g. quod venditor certa mercede rem venditam habeat conductam (*L.* 75 *ff. h. t.*); vel ut, casu quo emptor rem emptam vendere velit, det prae-

Digitized by Google

ferentiam certae personae; vel, ut si res empta intra certum tempus displiceat, inempta sit (*L.* 3 *ff. h. t.*); vel ut venditori poenitere liceat etc.; in quibus omnibus haec tenenda est regula, quod si pactum ambiguum sit, contra venditorem interpretatio facienda sit, utpote qui apertius loqui debuit (*L.* 33 *ff. h. t.*, *L.* 39 *ff. de pactis*).

§ XIX.

Praeter haec pacta, nota sunt alia duo, scilicet *constituti possessorii*, *et reservati dominii*. Pactum *constituti possessorii* habetur, quando emptor profitetur se rem venditam possidere nomine venditoris, donec pretium sit solutum: effectus hujus pacti est, quod interim venditor sit verus possessor, et omni commodo possessionis gaudeat (*L.* 18 *de acq. poss.*); hoc pactum tamen non reservat venditori dominium, sed possessionem tantum, quae possessio ipsi eripi non potest, antequam pretium solutum sit. Pactum *reservati dominii* est, dum venditor reservat sibi dominium, donec pretium solvatur; quod si interim res pereat, peribit emptori, quia, non obstante illo pacto, emptio pura est, et pactum illud certe in favorem venditoris est adjectum, hinc in ejus odium non est retorquendum; cui accedit, quod etiam si venditor non reservasset sibi dominium, modo non habuisset fidem de pretio, dominium esset penes venditorem, et tamen periculum ejusdem ad emptorem spectaret (*L.* 16 *ff. de peric. et comm.*, *L.* 20 § 2 *ff. locati-cond.*).

TITULUS II.

DE IN DIEM ADDICTIONE.

In diem addictio ita fit: *ille fundus pro centum sit tibi emptus, si tamen quis intra kalendas proximas meliorem conditionem attulerit, fundus sit inemptus* (*L.* 1 *ff. h. t.*); vel etiam ita: *ille fundus esto tibi pro centum emptus, si nemo intra primas kalendas meliorem conditionem attulerit*: in primo casu hoc actum est, ut allata meliori conditione discedatur ab emptione, adeoque emptio est pura, sed sub conditione resolvenda: secundo vero casu hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi offeratur melior conditio, adeoque emptio erit conditionalis (*L.* 2 *ff. h. t.*). Multum autem interest, an talis emptio sit pura, an conditionalis; si enim sit pura, periculum statim transit ad emptorem, qui potest etiam fructus percipere, rem usucapere, rem amissam vindicare, aut Publiciana avocare; non ita, si venditio sit conditionalis (*L.* 2 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 34 *ff. h. t.*, *L.* 41 *ff. de rei vind.*).

Quidquid ad utilitatem venditoris pertinet, juxta *L.* 5 *ff. h. t.*, pro meliori conditione habetur; itaque melior conditio intelligitur allata, non tantum si pretio aliquid additum sit, sed et si fa lior vel maturior solutio offeratur, vel si vendit securior fiat de pretio, vel secundus emptor ex levioribus conditionibus (*L* 4 § 6 *ff. h. t.*); qu si posterior idem offerat quod prior emptor, ideo, quia fructus medii temporis apud vendit rem manent, qui alias primo emptori cessissen intelligetur allata melior conditio? ℟. negative, enim non est actum inter emptorem et vendit rem (*L.* 14 § 5 *ff. h. t.*); praeterea, melior co ditio debet adferri circa ipsam rem venditam; hin si ancilla in diem addicta decesserit, et pro par ejus superstite plus offeratur, quam pro matre d tum fuerat, talis adjectio non potest admitti (4 § 1 *ff. h. t.*); nam tota res empta periit, n quidquam praeter accessionem superest, eo qu ancilla vendita, non possit dici partus venditu Aliud est, si duobus servis pro viginti venditis in diem addictis unus decessisset, deinde alteri nomine melior conditio offeratur, nam tunc ha adjectio admitti poterit, quia tunc res vendita p parte adhuc existit (*L.* 4 § 2 *ff. h. t.*). Quod vero duo servi duobus separatim denis in die addicti sint, et pro uno quis plus offerat, is e inemptus, si vero non appareat pro quo plus n tulerit, neuter fiet inemptus, etenim duae hic su distinctae venditiones, utraque pura et perfect ita ut neutra possit resolvi, nisi prius constet p qua melior conditio allata sit.

OBJ. quod pro uno saltem melior conditio fu rit allata. ℟. Sed non apparet pro quo, quod su ficit ut neuter fiat inemptus.

OBJ. quod si uno pretio fuissent venditi, ut que fuisset inemptus. ℟. Quia tunc unica es venditio, ubi in casu nostro sunt duae distinct venditiones.

Quid si venditor simulasset allatam esse mel rem conditionem? Si a parte rei melior condi non sit allata, et ita secundo vendiderit, utriq venditor in solidum obligatus erit (*L.* 14 § 2 *h. t.*); scilicet primo emptori, quia a prima ve ditione non est recessum, et secundo, quia illi obligavit. Quid si primus emptor, ut se liberare alium non idoneum emptorem subjecerit, eiq fundus addictus fuerit? Tali casu venditor dece tus ex vendito actionem habet contra primum e ptorem ad id quanti sua interest (*L.* 14 § 1 *ff. h. t*

Caeterum non cogitur venditor acceptare m liorem conditionem, quia pactum illud in ejus vorem adjectum est, cui proinde renuntiare p test.

Allata meliori conditione, venditor da eo m nere debet primum emptorem, nam is tantumd offerendo jus habet rem retinendi, non tamen fr ctus interim perceptos, quia tunc rem non hal ex prima emptione, quae fuit resoluta, sed ex cunda: accedit, quod non debeat esse deteri conditio venditoris, quam si secundo addixisse

Quid si sint tres venditores ejusdem rei, et ex iis duo postea rem addixerint posteriori emptori, et tertius nolit meliorem admittere conditionem? Si diversis pretiis partes suas vendiderint, tunc, quia sunt tres emptiones, pro partibus duorum fundus fiet inemptus; quod si unico pretio fundum priori vendiderint, totus fundus priori emptori emptus manebit (*L. 11 § 1 ff. h. t.*). Ratio est, quod nunc sit unica emptio, quae non fuit contracta, nisi consensu trium venditorum, adeoque nec potest dissolvi, nisi dissensu omnium trium.

Obj. Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ex aequitate admittendum est. ℟. Licet haec secunda emptio non noceat duobus aliis, tamen noceret primo emptori, cui jus acquisitum est ut rem retineat, donec consensu omnium venditorum resolvatur emptio.

Obj perinde esse, ac si omnes consensissent, quia major pars consensit; quod autem a majori parte factum est, ab omnibus factum videtur. ℟. Haec regula fallit, quando agitur de negotio, quod singulos ut singulos tangit, prout tangit singulos, in casu, quo sane consensus singulorum necessarius est.

Si plures sint venditores, poterit unus ex ipsis venditoribus meliorem conditionem adferre, quia cum tota re etiam partem meam emere possum (*L 13 § 1, L. 18 ff. h. t.*). Quod si venditor ante allatam meliorem conditionem moriatur, an allata ante aditam hereditatem meliori conditione res fiet inempta? ℟. negative; non enim intelligitur melior fieri conditio, nisi venditori placeat, hic autem nullus est venditor, cui placere possit (*L. 15 princ. ff h. t.*).

Resoluta prima venditione per addictionem secundo emptori factam, perinde est ac si prima venditio nunquam intervenisset; haec enim penitus resolvitur et nunquam facta intelligitur, adeoque res redit ad venditorem ab omni onere libera medio tempore imposita, tenaturque emptor fructus quos percepit restituere (*L. 4 § 4 ff. h. t.*), et venditor debet emptori restituere pretium cum usuris, et impensis necessariis, si quas in rem facere debuerit (*L. 16 ff. h. t., L 29 § 2 de aedilit. edict.*).

TITULUS III.

DE LEGE COMMISSORIA.

Lex commissoria est pactum in continenti emptioni adjectum, quo id agitur ut, si intra certum tempus non solvatur, res fiat inempta (*L. 2 ff. h. t.*), v. g. *ille fundus sit tibi emptus centum, si tamen intra mensem non solveris, fundus inemptus erit*. Sub tali pacto inita venditio est pura, sed sub conditione resolvenda; hoc igitur pacto adjecto, si emptor statuto tempore non solvat, res ipso jure inempta fiet, modo venditor rem inemptam fieri velit, hoc enim pactum in gratiam venditoris adjectum est, cui proinde renuntiare potest; praeterea pendet ab arbitrio venditoris, an rem emptam, an inemptam velit, quia si res interim periret, penderet ab arbitrio emptoris non solvendo pretium rem inemptam facere. Ex eo quod ipso jure res inempta sit, si pretium suo tempore non solvatur, sequitur quod venditor non debeat interpellare emptorem ad solutionem, ut possit uti lege commissoria (*L. 4 § 4 ff. h. t.*, adde *L. 12 eod. de comm. et contrah. stip.*): quod si venditor pretium intra tempus oblatum non acceptaverit, vel nullus extiterit, cui emptor offerre potuerit, tunc, quia per emptorem non stetit, quominus intra illud tempus solveret, non potest res inempta fieri (*L. 4 in fin., L. ult. ff. h. t.*): si vero post diem statutum pretium vel partem ejus exegerit venditor, legi commissoriae renuntiasse videbitur (*L. 6 § 2, L. 7 ff. h. t.*).

Quid si emptor ab initio partem pretii solverit, et cum reliquam non solveret, legi commissoriae locus fiat, an illam partem solutam emptor perdet? Sic videtur ex *L. 4 § 1 ff. h. t.*, quae hanc sententiam clare decidit; idem probat *L. 6 ff. h. t.*, in qua dicitur, quod si venditor lege commissoria uti velit, *fundos inemptos fore, et id quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum*: haec autem verba *vel alio nomine* non possunt intelligi, nisi de parte pretii.

Emptione ex hoc pacto resoluta, quam actionem habet venditor? Reivindicationem, qua agere potest contra quemcumque rei possessorem (*L. 4 eod. de pactis inter empt.*). Dubitatum fuit, an haberet actionem venditi contra emptorem, quia emptio tunc finita est: at admissum fuit eum etiam illam actionem habere, per quam fructus interim perceptos petat, aut persequatur emptorem, si dolo aut culpa ejus res deterior facta sit; si tamen partem pretii quam solvit, perdat, fructus perceptos non debet restituere (*L. 4 et 5 ff. h. t.*): quod si onus aliquod v g. pignus, aut servitus imposita sit, resoluta emptione, evanescit (*L. 4 ff. de in diem addict.*).

TITULUS IV.

DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

§ I. Materia hujus tituli.
§ II. Quid si res particularis ex hereditate evincatur.
§ III. De stipulationibus inter emptorem et venditorem intervenire solitis.
§ IV. Si venditor rem aliquam ex hereditate distraxerit, ad quid emptori hereditatis tenebitur.
§ V. Quid si res aliqua perierit.
§ VI. Quid si res aliqua hereditaria tempore venditionis ad heredem necdum pervenerit, an ratione ejus venditor tenebitur.

§ VII. Si heres ex parte partem vendiderit, et postea coheres deficiat, cui pars coheredis accrescet.
§ VIII. Effectus hereditatis venditae.
§ IX. An venditor hereditatis recuperabit servitutes per aditionem hereditatis confusas.
§ X. De venditione actionis.

§ I.

Non tantum vendi possunt res corporales, sed etiam incorporales, ut sunt servitus, hereditas et actiones. De duobus ultimis agitur in hoc titulo; et primo videbimus de venditione hereditatis. Ut autem hereditas vendi possit, requiritur ut existat hereditas, alias enim, deficiente merce, non posset contrahi; hinc venditio hereditatis erit nulla, si vendita sit hereditas viventis, quasi mortui, quia viventis non est hereditas, adeoque non est merx quae vendi possit. Sed quid si quis hereditatem non suam vendiderit? Tali easu idem juris est ac in qualibet alia venditione rei alienae; scilicet, si venditor hereditatem non praestet, ad eam praestandam cogi poterit; si autem tradiderit, tunc quamdiu nullus hereditatem aufert, nulla actio emptori contra venditorem dabitur; ast, evicta hereditate, emptor habebit actionem de evictione, vel ex empto ad interesse contra venditorem.

§ II.

Sed quid, si non ipsa hereditas, ast pars ejus sit evicta, sed res aliqua ex hereditate evincatur? Tali casu, nulla competet actio contra venditorem (*L. 2 ff. h. t.*), in qua ait J. C., *cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset;* scilicet, venditor qui hereditatem vendit, non affirmat has vel illas res in hereditate contineri, sed hereditatem simpliciter vendit, eamque vult emptoris esse eodem modo et jure quo apud se erat; hinc proprie ipsae res hereditariae non venduntur, sed sola hereditas quae est distincta a rebus hereditariis; ratione ergo illarum rerum conveniri nequit venditor, eum tantum ratione rei venditae teneatur; hinc recte ait J. C. in *d. L. 2. venditorem hereditatis satisdare aut repromittere non debere de evictione rei singularis*; nec mirum, siquidem res singularis vendita non sit, sed hereditas.

§ III.

Obligationes inter emptorem et venditorem natae, et quae continebantur in stipulationibus intervenire solitis inter emptorem et venditorem hereditatis, referuntur in *L. 50 § 1 ff. de verb. oblig. et L. 97 de verb. sign.*, et concipiebantur hoc modo: emptor stipulabatur a venditore, ut quidquid ex hereditate ad venditorem pervenisset dolove
malo factum esset quominus perveniret, id
sibi praestaretur; vicissim venditor stipulaba
emptore, ut quidquid ex causa hereditatis p
tisset, aut solvisset, id sibi ab emptore redde
et ibi sunt stipulationes, quae vocari solebar
ptae et venditae hereditatis.

§ IV.

Unde quaeritur, quid si venditor hereditati
aliquam hereditariam distraxerit, ad quid e
tenebitur? Et distinguendum est utrum eam
derit ante, vel post venditam hereditatem: et
dem eam vendiderit ante venditam hereditate
fungetur praestando emptori pretium ex ill
ceptum; scilicet, eum illa res non amplius
reditate existat tempore venditae hereditatis
est credendum quod venditor obligare se v
ad eamdem tradendam, eum tamen in omn
ditione hereditatis id agatur inter emptor
venditorem ut emptor, neque plus, neque
juris habeat quam ipse venditor habuisset
sane venditor pretium, quod pro re illa ac
emptori praestare tenetur: si autem vendito
distracta hereditate, illam vendiderit, tunc a
ipsam et omne interesse conveniri poterit
enim illa res tempore venditae hereditatis
sub hereditate contineretur, vere fuit vendit
sequenter ad eam praestandam venditor con
poterit, ut contingit in omni venditione, q
venditor non praestat rem venditam.

§ V.

Quid si res aliqua hereditaria perierit, a
ditor ratione ejus tenebitur emptori? Dist
utrum perierit ante venditam hereditatem, a
postea; si perierit ante venditam hereditatem
heres non tenebitur, nisi forte ad pretium,
ratione ejusdem v. g. per actionem legis A
percepit; si autem perierit jam vendita here
tunc videndum, utrum perierit culpa aut p
ram venditoris, quo casu tenebitur, si sine
et ante moram ejus, non tenebitur, quia ve
interitu rei sine culpa et mora ejus continge
beratur; sed ne saltem hoc casu venditor r
pretii non tenebitur, puta, venditor heredita
reditate jam vendita, et antequam ad tradit
conveniretur, rem hereditariam alicui terti
didit et tradidit, apud quem periit casu fortui
pretium ex secunda illa venditione percept
stituere non debebit primo emptori, seu ei,
reditatem vendiderat? Ratio dubitandi est, qu
ditor illud pretium non perceperit ex re vendi
ex sua negotiatione et industria, sicuti ev
venditione rei singularis; si enim rem titulo
lari vendiderim, et antequam essem in mo
dendi eamdem alteri vendiderim, et apud e

Digitized by Google

rierit casu fortuito, non tenebor pretium a secundo emptore perceptum primo praestare; idque ideo, quia pretium illud percepi ex industria mea. His tamen non obstantibus, J. C. in *L.* 21 *ff. h. t.* aperte decidit, venditorem emptori debere praestare pretium, quod pro re hereditaria a se vendita percepit; quia, ut dicit J. C., venditor vendendo rem hereditariam, videtur negotium ipsius emptoris gessisse; idque ideo, quia in venditione hereditatis, id inter contrahentes actum est, ut si quid venditor in qualitate heredis gesserit, id omne quod ex eo ad ipsum pervenit praestet emptori: sed undenam apparet id inter contrahentes actum esse? Id inde colligi posse videtur, quatenus venditor hereditatis, post venditionem et etiam post traditionem ejusdem, vere heres maneat, actionesque hereditarias adhuc retineat, ita ut eas cum effectu contra debitores hereditarios movere possit, cum tamen in venditione hereditatis inter contrahentes actum sit, ut emptor praecise idem jus habeat, quod venditor habuisset, ex quadam necessitate, id etiam inter ipsos actum videri debet, ut si quid venditor in qualitate heredis gesserit, id omne quod consecutus esset, emptori praestaret.

Obj. Venditor interitu rei debitae casu fortuito contingente liberatur, jam autem res vendita supponitur periisse casu fortuito, ergo videtur dicendum in casu venditorem hereditatis liberari. ℟ Hoc argumentum probat quidem venditorem liberari a praestatione rei venditae, sed nullo modo probat eum liberari a praestatione pretii, dicimus autem eum teneri ad pretium, propter pactum de quo jam locuti sumus.

Obj. Si quis servum vendiderit, et antequam tradidisset, eum iterum alteri vendidisset ac tradidisset, isque apud secundum emptorem casu fortuito periisset, antequam venditor respectu primi emptoris moram commisisset, pretium a secundo emptore solutum venditor primo emptori praestare non debebit. ℟. Disparitas est, quod in venditione rei singularis id inter emptorem et venditorem non agatur ut, si quid venditor circa rem venditam egerit, id praestet emptori, et consequenter, vendendo secundo emptori, non potest videri egisse negotium ipsius emptoris, atque adeo, cum pretium illud non ex re vendita perceperit, sed ex sua negotiatione, ad pretium illud teneri non potest, nam venditor vi venditionis tantum tenetur ad praestandam rem venditam, et id quod ex ea percepit, ast in venditione hereditatis inter emptorem et venditorem hoc actum est, ut si quid venditor egisset in qualitate heredis circa res hereditarias, et lucrum perceperit, id omne praestet emptori.

§ VII.

Quid si res aliqua hereditaria tempore venditionis ad heredem necdum pervenerit, an ratione ejus venditor tenebitur? Et imprimis; dubium non est quin, si postea quandocumque ad venditorem vel heredes ejus pervenerit, illi conveniri possint (*L.* 2 § 4 *ff. h. t.*). Si autem necdum pervenerit, tantum tenebitur ad cedendas actiones, quas ad res illas consequendas habet; si vero alias, quam quae defuncto competebant actiones acquisivit, eas quoque cedere debet; hinc si novationem cum debitore hereditario fecerit, pignus acceperit, vel fidejussorem, illa omnia emptori cedere debet, quia, quamvis illa non ex hereditate, occasione tamen hereditatis consecutus est.

§ VIII.

Quid si quis ex parte heres partem suam hereditatis vendiderit, postea autem alter coheres deficiat, cui accrescet pars coheredis deficientis? Distinguendum putamus inter ipsum jus accrescendi, et portionem accrescentem, ut scilicet jus accrescendi ad heredem pertineat, cui portio deficiens directo accrescit, quia, vendita hereditate, emptor non fit heres, sed nihilominus venditor heres remanet, qualitas enim heredis est indelebilis; ita ut ubi quis semel valide heres est, in perpetuum heres maneat, jam autem jus accrescendi non nisi heredi competit: praeterea, jus accrescendi tantum locum habet inter eos, qui ad hereditatem vel a lege, vel a testatore vocantur, jam autem empter nec a lege, nec a testatore ad hereditatem vocatur, sed solus venditor, hoc quoque probat *L.* 43 *ad senatusconsult. Treb.*, in qua dicitur, quod si heres fiduciarius ex semisse institutus, compulsus adiverit hereditatem, et eam fideicommissario restituerit, si postea pars alterius coheredis deficiat, illa non accrescat fideicommissario, sed fiduciario; igitur multo minus in casu jus accrescendi pertinebit ad emptorem.

Quando autem portio illa heredi accreverit, verius est quod illam emptori restituere debeat, propterea quod inter emptorem et venditorem in venditione hereditatis id actum sit, ut quidquid venditor ex hereditate, aut occasione ejus perceperit, restituat emptori, ut saepe diximus. Nec obstat, quod venditor non debeat plus tradere emptori, quam vendidit; nam negari potest jus accrescendi venditum non fuisse, quatenus scilicet continebatur sub portione vendita, deinde non tantum ipsa res vendita praestari debet emptori, sed etiam omne commodum, quod post venditionem rei supervenit, jam autem negari non potest, quin portio illa accrescens sit commodum portionis venditae.

Nec quis instet dicendo, jus accrescendi vendi non potuisse cum hoc effectu, ut in emptorem transeat; nam nec ipsa hereditas cum hoc effectu vendi potest, quatenus, adita hereditate, statim desinat esse hereditas, ast sicuti, vendita hereditate,

Digitized by Google

omne commodum ejus emptori praestari debet, sic etiam commodum juris accrescendi emptori praestari debet.

Non obstat etiam, quod forte in venditione hereditatis de jure accrescendi verosimiliter cogitatum non sit; quia, ut res aliqua vendita dicatur, non praecise requiritur ut venditor de ea cogitaverit, sed sufficit quod sciverit, aut saltem scire debuerit quod res illa sub re principali vendita contineatur; jam autem venditor uti et emptor sciebant jus accrescendi in ipsa portione vendita contineri.

Tandem nec obstat quod, si venditor partem accrescentem cedere debeat emptori, futura sit nimia disproportio inter rem venditam et pretium; etenim quando hereditas, vel pars ejus venditur, non venditur res certa, sed incerta (*L.* 14 § 1, *L.* 15 *ff. h. t.*); quando autem incertum venditur, non requiritur ut pretium rei venditae correspondeat.

§ VIII.

Uti hereditate vendita omne commodum ejus ad emptorem pertinet, ita ad eum spectat omne incommodum; hinc si res hereditaria sine culpa, aut mora heredis perierit, perit emptori: impensae ab herede factae emptorem gravabunt, si propterea quod alii coheredes non solvant, poena committatur, emptorem quoque gravabit; quorum ratio est, quod in venditione hereditatis id actum sit, ut emptor subintret in locum heredis, ac proinde omne gravamen venditori superveniens emptorem onerat.

§ IX.

Hinc quaeri potest, quid si creditor heres extiterit debitori suo, vel heres servitutem praedialem haberet in fundo testatoris, et vendiderit hereditatem, an retineat debitum vel servitutem? Certum quidem est, quod hoc ipso quo heres extitit defuncto, debitum uti et servitus per confusionem sit extincta, sed agere poterit contra emptorem, ut illud debitum sibi solvat, vel servitutem de novo constituat; quia, ut jam dictum est, in venditione hereditatis id agitur, ut emptor nec plus, nec minus juris habeat, ac si ipse heres extitisset. Nec obstat quod servitus per confusionem sit extincta, adeoque non videatur posse reviviscere; nam hoc ita demum verum est, si postea non interveniat nova causa, propter quam debeat reviviscere, uti in casu contingit, quia, ut dixi, in venditione hereditatis hoc actum est, ut de novo reimponatur.

§ X.

Sicuti hereditas ita et actio vendi potest, nec consensu debitoris indiget creditor ad actionem in alium transferendam (*L.* 3 *cod. h. t.*); vendita actione, venditor non debet praestare ut debitor sit solvendo, sed defungitur cedendo actionem; unde, quamvis debitor esset insolvendo, non ideo emptor regressum haberet adversus venditorem, modo tamen aliqua actio competierit venditori, alioquin defectu mercis venditio non subsisteret. Haec ita, nisi venditor affirmasset debitorem esse solvendo; hoc enim casu praestare teneretur solventiam debitoris, quia pacta dant legem contractui.

Venditor actionis emptori praestare debet quidquid a debitore consecutus est, sive per ipsam actionem, quam vendidit, sive alio modo; hinc, si forte debitori suo ipse aliquid vicissim deberet, et cum ab eo conveniretur, ei opposuerit compensationem ex causa actionis, quam vendidit, hoc casu, cum utilitatem ipsius actionis venditae consecutus sit, id quod per compensationem servavit, emptori praestare tenebitur.

Jure veteri emptor actionis nullam adversus debitorem actionem habebat, antequam sibi actiones cessae essent; ast jure novo emptori, exemplo ejus quod receptum erat in venditione hereditatis, concessae sunt actiones utiles, quas etiam proprio nomine, ante cessionem factam, movere potest, ut constat ex *L.* 16 *ff. de pactis*; ubi, quando debitor agit actione cessa, non suo nomine agit, sed nomine venditoris, quasi procurator ejus; cum autem omnis utilitas illius actionis ad eum pertineret, vocabatur ***procurator in rem suam.***

Quamvis cessa actione, et moribus quidem sine illa cessione, emptor possit agere adversus debitorem, creditor tamen non impeditur agere, sicuti ante cessionem egisset; unde, ut emptori consuleretur, invaluit ut emptor denuntiare posset debitori actionem sibi cessam esse, quo facto, si debitor venditori solvat, emptor nihilominus adhuc adversus eum agere poterit, et si opponat exceptionem solutionis factae, ei replicatur exceptione doli mali.

Non tantum venditor debet cedere ipsam actionem principalem, quam vendidit, sed et insuper omne jus omnemque actionem, quam propter actionem principalem acquisivit; hinc, si forte pignua vel fidejussorem acceperit, sive ante, sive post venditionem, haec etiam cedere debet.

TITULUS V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

Digitized by Google

§ VIII. An impetrato illo remedio, evanescunt servitus, vel hypotheca interim imposita.
§ IX. Quandonam cessat hoc remedium.

§ I.

Emptione venditione perfecta, ab ea altero invito recedere permissum non est, contractus enim ab initio voluntatis sunt, necessitatis vero statim ac sunt perfecti; re integra tamen, mutuo consensu recedi posse dubitandum non est, cum unumquodque dissolvatur eodem modo quo colligatum est. Caeterum aliquae sunt causae, propter quas, altero invito, a venditione recedere licet, quo casu *rescindi* dicitur vaoditio; ubi autem concurrit utriusque voluntas, *resolvi* dicitur. Causae ob quas, altero contrahentium invito, rescinditur venditio, sunt dolus, metus etc., de quibus suis locis actum est: de alia causa hic agitur, scilicet de laesione enormi, de qua totus hic titulus occupatur. Praenotandum, quod jure *digestorum* contractus bonae fidei, ut est emptio, ob enormem laesionem potuerint rescindi per actionem ex ipso contractu, ut sub titulo *de dolo malo* diximus, sed eo jure determinatum non erat quaodonam laesio posset dici enormis, sed pendebat ab arbitrio judicis: hoc autem determinaverunt impp. Diocletianus et Maximianus in *L.* 2 *cod. h. t.*, in qua voluerunt laesionem enormem haberi, quando quis ultra dimidium laesus esset; itaque si quis infra dimidium laesus sit, ex hac causa rescindi venditio non poterit.

§ II.

Datur itaque remedium *L.* 2 *cod.* laeso ultra dimidium; verum quaeritur, an sicuti venditori, ita et emptori laeso hoc remedio succorratur? Negant plurimi, inter quos est Ferrière ad hunc *titulum*; ast infundate, quia emptio-venditio est contraetus bonae fidei, bilateralis, in quo consequens est parem debere esse utriusque conditionem, cum respectu utriusque eadem militet ratio et aequitas; hoc enim remedium fundatur in inaequalitate dati et accepti, quinimo fortior militat ratio pro emptore, quam pro venditore, siquidem venditer teneatur scire valorem et qualitates rei suae (*L.* 15 *cod. h. t.*), unde si laesus sit, culpa sua poterat dici laesus; ast emptor scire non tenetur, et plerumque non potest cognoscere valorem et qualitates rei emptae.

Dictis non obstant *L.* 2 *et* 8 *cod. h. t.*, in quibus tantum agitur de venditore laeso; nam illae leges sunt rescripta, quae dari solebant ad casus propositos; unde, cum tantum de venditore loquautur, credendum est in his fuisse propositos casus, in quibus venditor laesus erat. Aliud diceremus, si illae leges essent edictales, quia, cum tunc factae essent motu proprio, procederet argumentum a contrario sensu.

Non obstat quod venditor plerumque rei familiaris necessitate adductus vendat, emptor autem non nisi volens et sponte emat, nam hoc argumentum corruit ex rationibus mox datis: praeterea imperatores in *d. L.* 2 novam rescissionem non introduxerunt, sed tantum voluerunt determinare quaenam laesio deberet dici enormis, et hoc in favorem illorum, quibus antea illud remedium competebat; atque adeo, cum ante hanc legem tam emptori, quam venditori competeret, dicendum et hodie aeque competere.

§ III.

Sicuti in venditionibus privatis, ita et in auctionibus publicis huic remedio locus est, cum eaedem militent rationes.

§ IV.

Nunc videamus quomodo haec laesio sit intelligenda. Et quidem quoad venditorem nulla est difficultas; constat enim eum hoc remedio uti posse quoties laesus est ultra dimidium justi pretii; sed de laesione emptoris quaestio movetur, an scilicet sufficiat eum esse laesum ultra dimidium, an vero requiratur eum dedisse dimidio plus quam est justum rei pretium, v. g. aliquis rem valentem 10 emit, an, ut laesus intelligatur, requiritur ut pro illa re dederit 16, an vero ut dederit 21? Primum putat Voetius; ast eum errasse non dubitamus; ratio est, quod in emptione par et aequalis sit utriusque contrahentium conditio; jam autem, ut hoc remedio venditor uti possit, requiritur ut non receperit dimidium ejus quod dedit; igitur ut emptor eodem uti possit, requiritur ut non receperit dimidium ejus quod dedit; jam autem id non contingeret in sententia Voetii, cum juxta eam sufficeret emptorem unam tertiam minus recepisse, quam dedit.

Obj. quod in emptione par sit conditio emptoris et venditoris, adeoque, quod sicuti venditor hoc remedio uti potest, quando laesus est ultra dimidium justi pretii, ita pariter emptor eodem uti possit, quando laesus est ultra dimidium justi pretii. ℟. Hoc argumentum ita solvimus, quod venditor det mercem pro pretio, ubi emptor dat pretium pro merce; hinc ex parte venditoris considerandum est, an receperit dimidium justi pretii, ut constet, an receperit dimidium ejus quod dedit; ast emptor dat pretium ut consequatur mercem, hinc videndum est, an receperit dimidium pretii quod exsolvit in merce quam recipit; ex quo jam patet in nostra sententia omnimodam servari aequalitatem inter emptorem et venditorem. (Pro hac quaestione vide *Averanius*, *lib.* 3 *cap.* 7).

§ V.

Datur hoc remedium venditori, et ejus heredibus contra emptorem, et ejus heredes, et viceversa: contra tertium autem posssessorem non datur.

§ VI.

Nunc videamus ad quid hoc remedium tendat. Voetius contendit eum, qui hoc remedio agit, alternative agere debere, vel ad rescissionem contractus, vel ut suppleatur quod justo pretio deest, ast iterum infundate;is enim qui hoc remedio agit, directe petere debet rescissionem contractus (*L.* 8 *cod. h. t.*), in qua dicitur emptorem per hoc remedium petere rescissionem contractus, ad quod tamen directe agere non potuisset, si hoc remedium alternative tenderet, vel ad rescissionem contractus, vel ut suppleatur quod deerat justo pretio, quia tunc plus causa peteret. Nec facit quod imperatores emptori concedant electionem, utrum malit supplere; nam illa electio non efficit ut id, quod deest justo pretio, sit in obligatione, sed tantum ut sit in solutione; hoc est ut emptor, solvendo quod justo pretio deest, liberetur, quamvis id a se petitum non sit.

§ VII.

Quando emptor elegit rescissionem contractus, tunc, recepto pretio, rem venditam restituere tenetur; ast quaeritur an simul cum re fructus restituere teneatur? ℟. negative (*L.* 2 *cod. de pact. inter empt. et vend.*, *L.* 25 § 4 *ff. quae in fraud. cred.*). Ratio hujus est, quod emptor fructus illos, quos interim percepit, ex re propria perceperit, adeoque nemini restituendi sunt.

Nec obstat quod bonae fidei possessor fructus extantes domino supervenienti restituere debeat; nam magna est disparitas, etenim bonae fidei possessor fructus percipit ex re aliena, et ideo tantum fructus illos facit suos, quia dominus non apparebat, quae ratio cessat, ubi dominus rem suam repetit; ast emptor in casu illos percipit ex ra propria.

Nec quis instet dicendo quod, licet venditor ante traditionem sit dominus rei venditae, fructus nihilominus interim ex re vendita perceptos emptori praestare debeat; quia scilicet, venditione perfecta, omne incommodum rei venditae pertinet ad emptorem, ac proinde aequum est ut ad eum commoda pertineant, et ideo fructus emptori cedunt; ast in casu omne commodum rei venditae pertinet ad emptorem; unde aequum est ut ad eum fructus pertineant.

Obj. quod re vendita sub pacto addictionis in diem, allata meliori conditione, emptor rem et fructus restituere debeat. ℟. Disparitas est quod, meliori conditione allata, venditio resolvatur quasi numquam celebrata fuisset, hinc non mirum etiam fructus esse restituendos; ast in casu per remedium *L.* 2 venditio non resolvitur, sed tantum rescinditur, ita ut semper verum sit interim venditionem substitisse.

§ VIII.

Sed quid, si interim emptor in re vendita constituisset servitutem vel hypothecam, an evanescent, quando emptor eligit rescissionem contractus? ℟. negative; quia emptor statim a venditione et traditione sibi facta irrevocabile dominium in re vendita acquisivit; etenim emptor, si voluisset, retinuisset rem venditam, supplendo scilicet quod justo pretio deerat; ergo potuit valide constituere in illa pignus vel servitutem, et consequenter creditori jus recte quaesitum auferri non potest.

Nec obstat quod in pacto addictionis in diem, meliori conditione allata, servitus vel pignus interim impositum evanescant; nam summa est disparitas, etenim in addictione in diem, meliori conditione allata, venditio resolvitur, quasi numquam celebrata fuisset, et ita res illa numquam videtur fuisse in dominio emptoris; ast in casu venditio non resolvitur, sed rescinditur, ita ut post rescissionem adhuc verum maneat eam fuisse in dominio emptoris tempore quo pignus, vel servitutem imponebat.

§ IX.

Cessat hoc remedium, si ei renuntiatum sit: sed quaeritur an cesset, si venditor sciverit justum rei suae pretium, et nihilominus minori pretio rem illam vendiderit? Id putat Voetius, ast merito contrariam defendit sententiam Huberus *hoc tit.* Ratio est, quod hoc remedium unice fundetur in aequalitate inter datum et acceptum, quae ratio adhuc subsistit, sive venditor sciverit, sive ignoraverit justum rei suae pretium: praeterea leges 2 *et* 8 *cod. h. t.* nullo modo distinguunt, sed generaliter loquuntur: idem probat *L.* 36 *ff. de verb. signif.*, in qua dicitur, *idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet, cum enim quis petit ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit*, scilicet cum tacito promissoris incommodo.

Nec profecto multum obstant quae Voetius in contrarium adducit, scilicet, quod ubi venditor scivit justum rei pretium, tunc emptor nullius doli aut fraudis possit argui, nam scienti et volenti non fit injuria. ℟. Ast hoc remedium non fundatur in dolo vel fraude emptoris, sed unice in aequalitate pretii et mercis.

Obj. quod is, qui indebitum sciens solvit, non habeat condictionem indebiti. Sed disparitas est, quod qui sciens indebitum solvit, videatur donasse, et ideo solutum repetere non potest.

Cessat etiam hoc remedium, si res vendita perierit sine dolo et culpa emptoris, quia is, qui hoc

remedio agit, directe petere debet rescissionem ipsius contractus, quae amplius locum habere non potest, ubi non amplius existit res vendita.

DIGRESSIO

DE RETRACTU CONVENTIONALI ET GENTILITIO.

§ I. De retractu conventionali.
§ II. Quid si quis decesserit, pluribus relictis heredibus, et unus eorum obtulerit partem pretii pro portione sua hereditaria, an adversus emptorem agere poterit ita, ut is cogatur praestare partem rei venditae pro portione sua hereditaria.
§ III. Cui datur actio de retrovendendo.
§ IV. An huic praescribi potest.
§ V. De retractu gentilitio.
§ VI. Quibus competit.
§ VII. Retractu ab uno intentato, an ab aliis adhuc intentari potest.
§ VIII. An filius potest retrahere fundum a patre venditum.
§ IX. An contra secundum emptorem retractus intentari potest.
§ X. An retractus locum habet in rebus incorporalibus.
§ XI. In quibus negotiis locum habet.
§ XII. Quid si emptor rem donatam sibi asserat, consanguineus vero eam suspicetur venditam.
§ XIII. Quomodo et intra quod tempus intentari debet.
§ XIV. De consignatione et depositione pretii.
§ XV. Quid de fructibus.
§ XVI. Quid de pignore et hypotheca interim imposita.

§ I.

Retractus duplex est, alius legalis, alius conventionalis. Legalis est ille, qui per legem inducitur citra conventionem contrahentium, quo spectat retractus gentilitius. Conventionalis est ille, qui conventione nititur, ut pactum addictionis in diem et legis commissoriae, de quibus suis titulis actum est. De alio retractu conventionali, scilicet de pacto de retrovendendo hic occupabimur, postmodum tradituri quaedam de retractu gentilitio. Pactum de retrovendendo est pactum venditioni adjectum, quo placuit ut, si intra certum tempus venditor emptori idem pretium, vel majus, vel minus reddiderit, rem venditam recuperet. Ex hoc pacto nascitur actio personalis venditori et heredibus ejus, contra emptorem et heredes ejus.

§ II.

Nascitur hic quaestio, scilicet si quis decesserit, pluribus relictis heredibus, et unus ipsorum obtulerit partem pretii pro portione hereditaria, an pro ea parte poterit cogere emptorem, ut rem sibi restituat? ℟. negative; quia emptor tantum se obligavit ad retrovendendum, si pretium sibi restituatur; nomine autem pretii venit integrum pretium; unde, oblata parte pretii, conditio non existit; quo etiam facit, quod si heres ille pro parte audiretur, emptor invitus in communionem incideret. Praeterea defunctus nullam partem reddita parte pretii tantum recuperare potuisset; ergo similiter nec heres in casu, cum ex persona heredis non debeat immutari obligatio.

Nec obstat quod factum, seu cessatio alterius coheredis, non debeat offerenti partem pretii nocere; nam non est cessatio coheredis, quae alteri nocet, sed est ipse contractus cum defuncto initus, quo scilicet neutor coheredum possit repetere rem venditam, antequam integrum pretium sit solutum.

Igitur si unus heredum velit rem recuperare, ubi alter cessat in solutione, integrum pretium solvere debebit, quo casu, cessantibus supra dictis rationibus, emptor rem restituere tenebitur: hoc tamen casu heres ille cavere debebit emptori, se eum defensurum adversus coheredem suum; nam non obstante eo quod ille heres rem receperit, alter nihilominus retinet actionem suam contra emptorem, et ideo si illi non caveretur, posset haerere in damno.

§ III.

Quid si emptor interim rem illam alteri vendiderit, an contra illum alterum venditor agere posset? Si sub conditione resolutiva venditio celebrata fuerit, affirmative, ut si ita dictum sit: *si intra annum venditor pretium refundat, res inempta sit:* quia tunc ipso jure dominium ad venditorem revertitur, et consequenter etiam a secundo emptore vindicare poterit. Quod si venditio simpliciter contracta sit, tunc contra secundum emptorem agere non poterit, quia conventiones rem ipsam non afficiunt, sed tantum personas contrahentium; jam autem inter secundum emptorem et venditorem nihil actum est.

Nec obstant *L.* 13 *de pign. act.*, *et L.* 10 § 1 *ff. quib. mod. pign.*, in quibus dicitur: quod si creditor pignus vendiderit eum pacto de retrovendendo, tunc, si emptori idem pretium offeratur a debitore, hic rem suam vindicare possit; etenim in illis legibus agitur de casu, quo venditio celebrata erat sub conditione resolutiva, ut ex ipsis legibus colligi potest.

§ IV.

Huic actioni praescribi potest (*L.* 7 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*), et sane; omni enim actioni personali spatio 30 annorum praescribitur. Nec obstat quod actioni non natae non possit praescribi, in casu autem actio nata non videtur, antequam pretium sit oblatum; sed falsum est actionem natam non esse ante oblationem pretii, nascitur enim statim ac pactum de retrovendendo initum est; nec facit, quod venditor ante oblationem pretii emptorem convenire nequeat, nam inde tantum sequitur actionem non esse natam cum effectu, sive in actu

secundo, ut vocant, quamvis sit nata in actu primo; sic in emptione-venditione, actio ex empto et vendito nascitur statim atque emptio-venditio est perfecta, quamvis tamen emptor non possit agere ad mercem, antequam venditori solverit pretium; ideoque nihilominus praescriptio currit a momento contractae venditionis.

Nec obstat etiam, quod non valenti agere non currat praescriptio, in casu autem venditor non videtur potuisse agere antequam pretium offerat; nam quod dicitur non valenti agere non currere praescriptionem, hoc intelligendum est, si obstet impedimentum juris, non autem si tantum obstet impedimentum facti, prout in casu; nam, quod suam actionem cum effectu movere non possit, id inde est quod necdum obtulerit pretium, quae oblatio in mero facto consistit.

Obj. rebus merae facultatis praescribi non posse; jam autem jus offerendi pretium est res merae facultatis. R. Negamus jus redimendi esse rem merae facultatis, hoc jus enim ex conventione quaesitum est venditori; jam autem id quod ex conventione quaesitum est, nunquam potest dici res merae facultatis.

§ V.

Jam videamus de retractu gentilitio, qui definiri potest, jus quo proximior consanguineus venditoris, refuso emptori eodem pretio, rem venditam recipit. Hoc jus moribus Belgii aliarumque regionum usitatissimum, etiam jure veteri Romano obtinuisse, testes sunt *L.* 16 *ff. de reb. aut. jud.*, item *L.* 14 *cod. de contrah. empt. vend.* Ast postea fuit abrogatum, ut constat ex *ead. L.* 14, ea ratione, quod sic videretur dominium diminutum, quatenus scilicet jure dominii quisque de re sua disponere possit, ut voluerit. Successu temporum tamen restauratum fuit per constitutiones Friderici relatas *lib.* 5 *feud. tit.* 13, ad quas curiosos remitto. Cum vero hodie jus illud variet, juxta diversas locorum consuetudines, consultum nobis visum est tantum aliqua tradere, circa quae diversae illae consuetudines congruunt.

§ VI.

Datur hoc jus proximis consanguineis venditoris legitime natis, vel saltem postea legitimatis; nec distinguendum est inter masculos et foeminas. Non competit autem adoptivis, quia illi de sanguine non participant; similiter non competit naturalibus, quia illi de jure consanguineorum legitimorum non gaudent. Ratio autem hujus juris fuit, quod publice expedire visum est, ut res, quae semel fuit in aliqua familia, quamdiu fieri possit, remaneat in eadem familia, ut sic splendor familiarum conservetur. Competit autem consanguineis secundum gradus praerogativam, ita ut proximior quisque ad retractum admittatur, exclusis caeteris; si autem plures sint in eodem gradu, quisque ipsorum admittetur pro parte virili.

§ VII.

Sed quid, si unus illorum consanguineorum jam inde retractum intentaverit, an caeteri adhuc admittentur? Et siquidem retractus necdum sit absolutus, dubitari non potest quin caeteri venientes intra tempus statutum adhuc admittantur; sed si retractus jam sit absolutus, dubitatur an adhuc admitti debeant, et verius est eos adhuc admitti. Ratio est, quod statim a venditione facta cuilibet consanguineo proximiori jus quaesitum sit rem venditam pro parte virili per retractum avocandi ab emptore intra tempus a jure statutum, quod jus ipsis quaesitum per factum alterius auferri non debet, modo intra tempus veniant.

Nec obstat quod is, qui negligentia sua laesus est, non videatur laesus; etenim is nullo modo potest dici negligens, siquidem retractum intentet intra tempus a lege statutum.

Quod si dentur consanguinei diversorum graduum, et proximiores retractum non intentent, poterunt eo jure uti remotiores.

§ VIII.

Quaesitum aliquando fuit, an filius possit retrahere fundum a patre suo venditum? Et imprimis dubium non est quin, si patri heres non sit, retrahere possit. Quod si patri heres extiterit, negat Huberus eum posse ad retractum admitti; ast veriorem credimus contrariam sententiam; filius enim, qui retractum intentat, non agit tamquam heres, sed jure proprio sibi ex propria persona competente, nam qualitas heredis non adimit ei jura sanguinis, quae sola in retractu consideranda veniunt.

Nec obstat quod heres non possit plus juris habere, quam defunctus habebat; in casu autem non potuisset defunctus illum fundum ab emptore avocare, ex quo Hubero sequi videtur filio illud jus etiam competere non posse, ast non recte; etenim quod dicitur, heredem non plus juris habere posse, quam defunctus habebat, intelligendum est de iis, quae exercere vellet ex capite defuncti, nam ex sua persona heres plus juris habere potest quam defunctus, cum ex eo quod alicujus heres sim, juribus meis privari non possim.

Instat et dicit, quod nequidem ex capite proprio fundum retrahere possit, hoc probare nititur per *L.* 14 *cod. de reivind.*, in qua hic casus proponitur. Mater fundum filii sui vendiderat et tradiderat: quaerebatur, an filius fundum illum avocare posset: et respondetur, quod si matri heres extiterit, fundum avocare non possit. Sed disparitas est, quod ideo in casu objecto filius fundum illum avocare non possit, quia alioquin improbaret fa-

ctum matris, cui heres extiterat; mater enim illum fundum vendendo se obligaverat ad fundum tradendum,et consequenter ad non avocandum;undo si filius illum avocare vellet, improbaret factum matris. Ast in casu nostro tantum abest, ut filius improbet factum patris, ut potius illud approbet, cum propter venditionem a patre factam retractum instituat: nec dici potest quod saltem facto patris contraveniat, quatenus pater vendendo voluerit ut fundus ille penes emptorem remaneat; nam pater non se obligavit emptori fundum illum non avocatum iri ab illis, qui jure sanguinis ad retractum vocantur, siquidem illud jus pater impedire non possit.

Tandem etiam non obstat quod, quem de evictione tenet actio, eum agentem multo magis repellit exceptio; etenim filius, quinimo nequidem pater venditor de evictione obligatus fuisset in casum, quo res vendita jure retractus avocaretur.

§ IX.

Actio retractus non tantum est personalis, sed est etiam in rem scripta, unde non tantum contra primum emptorem, sed et adversus ulteriores exerceri potest, et sane; nam alias foret in potestate primi emptoris proximiorem consanguineum privare jure suo; hoc autem casu, quando consanguineus retractum intentat contra secundum emptorem, non debet ei restituere pretium, quod secundus ille emptor dedit, sed illud quod primus emptor dedit venditori, quia consanguineus retractum intentans non substituitur in locum secundi emptoris, sed primi.

§ X.

Retractus gentilitius non tantum habet locum in immobilibus venditis, sed etiam in rebus incorporalibus, quae immobilium jure habentur, ut sunt census, decimae etc. In mobilibus autem locum non habet: hinc quaesitum est, quid si res immobilis cum aliis mobilibus vendita sit, an retractui locus sit? ℟. affirmative, sic tamen, ut consanguineus rem illam ab emptore avocare possit, mobilibus apud emptorem justo pretio relictis, nisi emptor malit a tota emptione discedere. Ratio primi est, quod alias foret in potestate venditoris vendendo res immobiles cum mobilibus privare consanguineos jure retractus; ratio autem secundi est, quod emptor recte allegare posset se res mobiles sine immobilibus empturum non fuisse; hocque sensu quandoque dicitur emptionem esse individuam.

§ XI.

Retractui locus est in venditionibus tam publicis quam privatis, in caeteris vero contractibus cessat; undo cessat in permutatione, cum plerumque contingat consanguineum non habere rem, quam dedi permutationis causa; cessat quoque in donatione, quia non debet cogi consanguineus benefacere consanguineo forte etiam id minime merenti.

§ XII.

Quid si emptor rem aliquam asserat sibi donatam, proximior autem suspicetur eam fuisse venditam? Poterit consanguineus illi deferre juramentum, ut juret illam rem sibi donatam esse; alias enim foret in potestate emptoris et venditoris inter se colludere, et sic privare consanguineos jure suo.

§ XIII.

Ex constitutione Friderici dantur 30 dies, consuetudinibus vero variorum locorum, sicuti et edicto perpetuo principum Alberti et Isabellae, conceditur annus, intra quem retractus intentari debet; annus autem ille currit a tempore traditionis, quia demum ab ea res exit e familia; unde cum hodiedum ante realizationem dominium non transferatur, ab illa tantum incipiet currere annus ille: quod si venditio realizata non sit, tunc retractus durabit 30 annis.

§ XIV.

Quando consanguineus retractum instituit, debet pretium offerre emptori, quod si illud recipere nolit, pretium consignandum et deponendum est, quo facto, cogere poterit emptorem ut rem sibi venditam restituat: quod si tantum partem pretii obtulerit, nequidem pro minima parte fundum retrahere poterit. Hinc sequitur, quod si forte retrahens contenderet minus pretium esse solutum quam emptor asserit, ideoque illud tantum obtulisset, postea autem probetur tantumdem pretii revera ab emptore datum fuisse, tunc si interim tempus retractus effluxerit, non amplius audietur consanguineus, quamvis integrum pretium offerret; quia verum est dicere, intra tempus constitutum integrum pretium non praestitisse.

Retractu intentato, debet emptor nuntiare consanguineo omnes conditiones et onera, sub quibus venditio contracta est: quod si aliqua reticuerit, de his tenebitur, quia si consanguineo nota fuissent, forte retractum non intentasset.

§ XV.

Praeterea refuso pretio, emptor cogitur rem restituere consanguineo cum omnibus accessionibus. Sed quid de fructibus? Extantes in fundo, utpote rei accessiones, retrahenti cedunt, percepti autem non sunt restituendi, quod contra communes ju-

ris regulas mores nostri receperunt; siquidem, retractu instituto, venditio resolvatur.

§ XVI.

Unde servitus, pignora, etc. interim imposita evanescunt. Jura vero, ut v. g. ususfructus, etc. emptori ante emptionem competentia, et quae, subsecuta venditione, confusa fuerant, reviviscunt.

TITULUS VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITAE.

§ I. Effectus perfectae emptionis-venditionis.
§ II. Res vendita cui perit.
§ III. Quid si res alternative venditae sint, ad quem periculum spectat.
§ IV. Quid si res in genere vendita sit.
§ V. De venditione per aversionem.
§ VI. Si vinum ad mensuram sit venditum, intra quod tempus admensurandum erit.
§ VII. De venditione ad gustum.
§ VIII. De venditione conditionali.
§ IX. Ad quem spectant commoda rei venditae.

§ I.

Emptionis et venditionis perfectae duo notabiliores sunt effectus; scilicet primo, quod venditor obligetur ad rem venditam tradendam, emptor autem ad pretium solvendum; secundo, quod omne commodum et incommodum ad emptorem pertinere incipiat. Ex his patet, multum interesse scire, quandonam emptio-venditio sit perfecta: hoc autem tradit J. C. in *L.* 8 *ff. h. t.*, scilicet, ut appareat quid, quale et quantum sit venditum, ut pretium sit certum, et ut venditio sit pura; nam si sub conditione contracta sit, requiritur insuper conditionem extitisse. Hinc si res aliqua venierit, licet nec tradita sit, nec pretium solutum, perfecta tamen erit venditio, haec enim non spectant ad perfectionem hujus contractus, sed tantum ad consummationem; hinc si res perierit vel deterior fiat, non ideo minus pretium solvere debebit emptor, ad quem tamen illud damnum spectabit, quia a momento venditionis perfectae emptor coepit obligari ad pretium, quae obligatio perdurat, nisi interveniat modus aliquis de jure constitutus ad extinguendam obligationem, talem autem non esse interitum constat.

§ II.

Venditor autem in casu liberabitur, quia regula est, debitorem speciei liberari per ejus interitum; cui non obstat quod venditor ante traditionem remanserit dominus, et quod res suo domino pereat, nam haec regula fallit, quoties dominus est debitor illius rei, nam tunc obtinet regula, quod per ejus interitum liberetur.

OBJ. *L. ult. ff. de cond. caus. data caus. non sec.* R/. In illa lege non agitur de emptione-venditione, sed de contractu innominato *do ut des.*

OBJ. *L.* 33 *ff. locati.* R/. Ibi res vendita non perierat, sed adhuc existebat, scilicet agitur de fundo publicato; ast nos agimus de casu, quo res periit.

OBJ. *L.* 12, 13 *et* 14 *ff. h. t.* R/. In illis legibus res perierat culpa venditoris; post venditionem enim lectos venditos in publicum exponere non debebat, ac proinde non mirum quod teneatur; ast nos agimus de casu, quo res mere fortuito periit, sine culpa aut mora venditoris.

OBJ. tandem *L.* 14 § 1 *ff. h. t.* R/. Ibidem non agitur de specie vendita, sed de re in genere vendita, ut patet ex verbis ipsius legis, cum dicat *materia vendita*, quae verba satis designant non certas arbores, sed lignum in genere fuisse venditum.

Itaque si res periit post moram venditoris, venditori peribit, cum mora perpetuet obligationem; idem erit, si venditor fuisset in culpa; item si venditor casum fortuitum in se receperit.

§ III.

Quod si non determinate, sed alternative species vendita sit v. g. Stichus, aut Pamphilus, decidit J. C. in *L.* 34 § 6 *ff. de contrah. empt.*, quod si unus perierit, altero superstite, is pereat venditori, ita ut alterum superstitem praestare teneatur: quod si postea alter etiam pereat, is peribit emptori, ita ut nihilominus pretium exsolvere cogatur: idem dicendum, si uterque simul perierit, quo casu tamen is perit emptori qui vilioris pretii erit, quia unus vixit periculo ejus, post interitum autem emptor consideratur ut debitor illius aut illius, in alternativis autem electio est debitoris.

§ IV.

Quid jam, si res in genere sit vendita, v. g. servus in genere? Hoc casu, usque ad oblationem certi ac determinati hominis, venditor manebit obligatus ad hominem praestandum, quamvis forte interea aliquis ex servis venditoris periisset; etenim hoc casu non potest esse quaestio de periculo rei venditae, cum venditio rei in genere sit venditio rei incorporalis, quae realiter non existit, adeoque perire nequit: si autem certus homo fuerit oblatus, et emptor fuerit in mora eum accipiendi, peribit emptori.

§ V.

Nunc videamus quid si quantitas venierit, quo nomine veniunt omnes res, quae numero, pondere, mensura constant; quo casu distinguendum, utrum quantitas simpliciter et per aversionem sit

Digitized by Google

venditam, an vero ad mensuram. Tunc autem dicitur quantitas per aversionem vendita, dum aliquod totum, quantum est, vel aliquo loco aut corpore continetur, unico pretio est venditum, v. g. si certus cumulus frumenti, qui in aliquo horreo jacet, pro centum florenis venditus sit. Tunc autem res dicitur vendita ad mensuram, quando totum non est venditum unico pretio, sed diversis, v. g. ex dolio vini, vel ex certo numero lagenarum, decem lagenae vini sunt venditae, pretio in singulas lagenas constituto. Si jam per aversionem res sit vendita, tunc omne periculum ejus statim pertinet ad emptorem; si vero vendita sit ad mensuram, tunc usque ad mensurationem periculum est venditoris; facta autem mensuratione, est emptoris (*L.* 35 § 5 *ff. de contrah. empt.*); quia ante admensurationem venditio nondum est perfecta.

§ VI.

Quid ergo, si vinum in dolio contentum ad mensuram sit venditum, intra quod tempus erit facienda admensuratio? Vide *L.* 1 § 3 *et* 4, *L.* 4 § 2, *et L.* 5 *ff. h. t.*, juxta quas videndum an in venditione tempus admensurationis sit definitum, quo casu illud servandum erit; si vero tempus non sit statutum, venditor praefigere poterit terminum emptori, intra quem veniat ad admensurandum; quod si intra illud tempus non venerit, et venditor doliis indigeat, poterit denuntiare; quod si intra aliam terminum non veniat, vinum sit effusurus, quo termino elapso, revera effundere poterit, et quidem impune, et emptor a solutione pretii non liberabitur, quia venditor post oblationem rei venditae tantum tenetur de dolo: in casu autem venditor dolo argui nequit, non enim effudit vinum ut emptori noceret, sed ut sibi consuleret, et damnum a se arceret. Probatur ulterius: non debet esse in potestate emptoris venditorem perpetuo privare usu rei suae, quod tamen contingeret, si vinum effundere non posset.

Obj. Venditor tenetur ad custodiendam rem venditam. ℟. Hoc verum est ante oblationem, sed post eam tantum tenetur de dolo.

Obj. Solam oblationem non sufficere, ut quis liberetur, sed insuper requiri consignationem et depositionem, quae hic facta non est. ℟. Hoc verum est, si consignatio et depositio locum habere possint sine damno et injuria alterius; hic autem consignatio noceret venditori, quatenus doliis privaretur: praeterea in casu non liberatur per solam oblationem, sed insuper requiritur, ut denuntiaverit emptori ut vinum tollat.

Obj. Poterit venditor alia dolia conducere, et pretium conductionis ab emptore repetere, vel vinum vendere, et pretium emptori refundere. ℟. Nemo in gratiam alterius contrahere debet, nisi ad hoc se obligaverit, quod in casu non contigit, nam venditor in vim venditionis tantum tenetur ad tradendum.

Obj. *L.* 8 *de tritico, vino et oleo legato.* ℟. J. C. in illa lege non dicit absolute heredem teneri, si vinum effundat, sed tantum periculose id facturum, quod etiam verum est, quatenus fieri possit quod aliqua ejus culpa arguatur, forte quod adhuc per aliquod tempus exspectare potuerit, vel emptori sufficiens tempus non indulserit ad dolia conquirenda etc.

Haec ita summo jure, cum certo humanius fecerit venditor, si alia dolia conduxerit, vel etiam vinum vendiderit, pretiumque emptori servaverit.

§ VII.

Quid juris de casu, quo res ad gustum v. g. vinum venditum est? Haec venditio non prius perfecta erit, quam quando emptor post degustationem approbaverit; si ergo non approbet, nulla erit venditio: quod si approbaverit, ab illo momento periculum vini erit emptoris.

§ VIII.

Quando res sub conditione venditur, illa deficiente, nunquam intelligitur venditio contracta, itaque periculum erit venditoris; quod si conditio extiterit, perfecta erit venditio, et quidem conditio existens retrotrahetur ad tempus contractus; sed ad quem hoc casu pertinebit periculum rei? Periculum deteriorationis erit emptoris propter retrotractionem; interitus vero totalis erit venditoris, quia tunc, existente conditione, non amplius est res quae veneat.

§ IX.

Sicuti perfecta venditione periculum et incommodum rei pertinent ad emptorem, ita ad eum spectant commoda rei, juxta regulam juris naturae, quae vult ad eum pertinere commoda, quem incommoda onerant; itaque rei accessiones, aut lucra quae interim venditor percepit, cedunt emptori, sicuti fructus, non tantum pendentes, sed et percepti; idem quoque est de emolumentis activis, puta *legis Aquiliae*, *furti* etc. Excipe tamen quod consecutus esset per interdictum *de vi*.

TITULUS VII.

DE SERVIS EXPORTANDIS, VEL SI ITA MANCIPIUM VENIERIT UT MANUMITTATUR, VEL CONTRA.

Sub hoc titulo agitur de aliquibus pactis appositis in venditione servorum, ut si venditor metuens iracundiam alicujus servi, aut ejus aspectum aegre ferens, eum vendat ea lege, ut emptor

eum Roma v. g. exportet, vel si conspectus illius venditori jucundus sit, paciscatur, ut semper Romae maneat. Haec pacta, si emptor non servaverit, venditori ad id quod interest tenebitur; sed et alia pacta commemorat hic titulus, scilicet si venditioni adjiciatur pactum, ut servus numquam manumittatur, vel ut intra certum tempus manumittatur, haec pariter servanda erunt, imo in favorem libertatis divus Marcus in *L.* 2 *cod. si mancip. ita fuerit alien.* constituit ut, si suo tempore servus non manumitteretur, ipso jure liber esset.

LIBER NONUS DECIMUS

TITULUS I.

DE ACTIONIBUS EMPTI ET VENDITI.

§ I. De actionibus ex contractu emptionis-venditionis nascentibus.
§ II. De actione ex empto.
§ III. De effectu ejus.
§ IV. Debet venditor transferre in emptorem vacuam possessionem.
§ V. An et dominium.
§ VI. Quid de accessionibus.
§ VII. Quid si convenerit, ut si qua emorgeret servitus, de ea venditor non teneatur.
§ VIII. Quid si venditor non monuerit emptorem de servitute fundo vendito competente.
§ IX. De actione ex vendito.

§ I.

Nascuntur ex emptione venditione duae actiones, scilicet *ex empto*, et *ex vendito*: prima emptori datur, ut cogat venditorem ad rem tradendam; secunda venditori, ut pretium consequatur: utraque directa est, ut contingit in omnibus contractibus, in quibus uterque aequo principaliter obligatur.

§ II.

Actio *ex empto* est actio personalis, bonae fidei, quae datur emptori contra venditorem, ut soluto pretio, res vendita sibi tradatur cum fructibus et accessionibus; datur itaque haec actio emptori et heredibus ejus pro portione hereditaria. Hinc quaeritur, quid si plures sint emptoris heredes, an quisque ipsorum, oblata parte pretii, cogere possit venditorem, ut sibi praestet rem venditam pro parte qua heres est? R/. negative; quia emptor non se obligavit ad tradendam partem mercis pro parte pretii, sed ad eam tradendam integram pro integro pretio; itaque si unus heredum partem, quam in re empta habet consequi velit, totum pretium venditori offerre debet, quo casu integram rem consequetur, dummodo paratus sit cavere se defensurum venditorem adversus coheredes.

Notandum tamen quod, ut emptor hanc actionem cum effectu movere possit, debeat prius pretium solvere, aut saltem offerre venditori, et quidem totum; nam si partem tantum solverit, venditor pro reliqua parte rem integram pignoris loco retinere poterit (*L.* 13 § 8 *ff. h. t.*). Ratio est, quod is qui vult alterum cogere ad implendum contractum, debeat eumdem prius ex sua parte adimplere; hinc similiter, si venditor pretium consequi velit, rem venditam offerre debet emptori; quod si neuter alteri fidat, tunc poterunt rem et pretium deponere et consignare, et tunc qui deposuit actione competente uti poterit.

§ III.

Effectus hujus actionis exponit J. C. in *L.* 11 § 1 *ff. h. t.*, ubi sic ait: *et imprimis sciendum est in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit*, id est quod omne id, quod inter partes conventum est, debeat praestari: pergit, *quod si nil convenerit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate*. Quae autem hujus judicii potestate insint, explicat in § sequente dicens, *et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere*. Hinc occurrit quaestio, an venditor absolute teneatur ad traditionem rei venditae, an vero defungatur praestando quod interest? Et in hac quaestione multo verior est sententia Vinnii et Huberi, qui negant venditorem liberari praestando quod interest, sed absolute cogi posse ad traditionem. Probatur ex eo, quod venditor rei se obligaverit ad rem tradendam, id enim in omni venditione agitur, nam emptor rem ipsam habere intendit, non vero pecuniam aut interesse; probatur etiam per *L.* 46 *ff. h. t.*, in qua dicitur quod, *si quis rem alienam vendiderit, et postea domino heres extiterit, cogatur venditionem adimplere*. Nec quis replicet, quod venditor etiam impleat venditionem praestando quod interest, nam J. C. hoc non velle ex eo patet, quod etiam antequam domini heres extitisset, hoc sensu venditionem cogeretur adimplere, quatenus ab emptore ad interesse poterat conveniri. Idem probat *L.* 10 *cod. h. t.*, in qua dicitur, quod venditor, qui rem venditam non tradit, fidem a se datam rumpat ac frangat, quod dici non posset si se liberaret praestando quod interest: praeterea in *L.* 6 *cod. de rescind. vend.* dicitur, quod venditor non possit liberari, nisi rem venditam tradat, etsi duplum pretii solvat etc. Tandem innumerae leges dantur, in quibus dicitur, quod venditor rem tradere debeat, praestare nudam possessionem habere licere, quae omnia affirmari non possent, si venditor praestando quod interest posset liberari.

OBJ. In obligationibus faciendi debitor praestan-

Digitized by Google

do quod interest liberatur, jam autem, dicunt, obligatio venditoris est obligatio faciendi, quatenus ad tradendum obligatur, quae obligatio juxta *L.* 72 *ff. de verb. oblig.*, est obligatio faciendi. ℟. Imprimis verior est contraria sententia, quae dicit, quod nequidem in ipsis obligationibus faciendi, debitor praestando quod interest liberetur, sed absolute ad factum cogi possit, ita tamen ut sit in arbitrio creditoris, postquam tempus est elapsum quo factum poni potuit, an ipsum conveniat ad factum, an ad interesse; adeoque ibi potius est poena debitoris, qui obligationi suae non satisfecit, quatenus ante illud tempus tantum poterat conveniri ad solum factum, ubi post tempus elapsum creditori invito factum ponere non potest cum hoc effectu ut se liberet, sed absolute cogi potest ad praestandum interesse. Dein quod dicitur, obligationem tradendi esse obligationem faciendi, id tum demum verum est, quando nudum factum continet, illaque traditio propter se ipsam adhibetur, nec ad aliud ordinatur; si autem ad aliud ordinetur, puta ad translationem alicujus juris, verum non est obligationem tradendi esse obligationem faciendi: jam autem traditio, ad quam venditor obligatus est, non adhibetur propter se ipsam, sed in ordine ad aliud, scilicet ad translationem dominii, vel vacuae possessionis, quod etiam animadvertit J. C. in *L.* 52 § 1 *ff. de verb. oblig.*, in qua dicitur: *si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continet, sed causam bonorum.*

Non obstant variae leges, ut *L.* 1, *L.* 11 § 9, *L.* 12 *ff. h. t.*, et variae aliae, in quibus dicitur quod *venditor conveniatur ad interesse*; ad haec enim omnia una danda est solutio scilicet, quod in illis legibus non dicatur quod praestando interesse liberetur, aut ad traditionem cogi non possit, sed hoc volunt, quod si venditor rem venditam non praestet, possit conveniri ad interesse, ita ut sit in arbitrio emptoris, an velit ad interesse, an ad traditionem agere, quod rursus respectu venditoris potius est poena.

Si autem absolute rem tradere nolit, manu militari res auferri poterit, vel venditor cogi per pignorum captionem, vel etiam incarcerationem.

§ IV.

Non sufficit autem rem simpliciter tradere, sed insuper praestari debet vacua possessio, id est libera ab omnibus detentoribus; hinc si creditores bona possideant, res tradita non videbitur (*L.* 2 § 1 *ff. h. t.*).

§ V.

Hoc § quaeritur, an venditor teneatur transferre dominium rei venditae? ℟. negative; sed defungitur praestando habere licere et transferendo vacuam possessionem, quod aliter obtinet in permutatione caeterisque contractibus, in quibus dominium transferri debet: id autem specialiter in emptione-venditione receptum est ex utilitate publica, ut scilicet lites praescindantur, quae alioquin propter frequentiam hujus contractus innumerae essent, si venditor dominium transferre cogeretur, emptores enim poenitentes suae negotiationis quaestionem dominii referrent.

Quamvis autem venditor dominium transferre non debeat, si tamen tempore traditionis fuerit dominus, dominium transferetur; quod ita verum est, ut emptio sub tali pacto inita, ne dominium in emptorem transeat, non valeat, sed eo ipso transeat in locationem-conductionem, vel alium contractum (*L. penult.* § 3 *ff. de contrah. empt. vend.*). Si autem venditor tempore traditionis dominus non sit, non transferetur dominium, cum nemo possit plus juris quam habet in alium transferre, sed emptor constituetur in conditione usucapiendi, et venditor tenetur de evictione, si res vendita ab emptore evincatur.

Quod diximus, per traditionem rei emptorem acquirere dominium, si venditor sit dominus, vel ei competere actionem de evictione, si res aliena vendita evincatur, hoc ita demum verum est, si pretium fuerit solutum, aut eo nomine satisfactum, vel fides habita (*L.* 19 *ff. de contrah. empt.*, *L.* 11 § 2 *ff. h. t.*). Aliter iterum obtinet in permutatione, in qua, re ab una parte tradita, dominium transfertur, quamvis ab alia parte res praestita non sit. Disparitas est, quod in permutatione ei, qui rem praestitit, satis consultum sit per condictionem causa data causa non secuta, vel condictione ex capite poenitentiae, quae remedia locum non habent in emptione.

Tunc autem venditor fidem de pretio habuisse videtur, non tantum si expresse dixerit, se fidem habere de eo, sed etiam si pignora, vel fidejussores acceperit, vel emptori dilationem dederit ad solvendum.

§ VI.

Non tantum res vendita tradenda est, sed etiam rei accessiones, fructus, quidquid alluvione accessit, insuper ea, quae rei venditae adhaerebant, aut perpetui usus causa comparata sunt (*L.* 3 § *ult.*, *L.* 14, 15 *et* 17 § 7 *et* 8, *L.* 26, 27 *et* 28 § 2 *ff. h. t.*).

Non sufficit rem taliter qualiter vendere, sed integra et sana tradenda est; si enim jam inde morbosa esset tempore venditionis, nec de eo venditor emptorem monuerit, locus erit actionibus aedilitiis; si autem, venditione facta, res morbosa fiat vel deterior, culpa venditoris aut post ejus moram, tenebitur venditor; secus vero, si nec culpa, nec mora ejus argui possit. Quod si fundus servitutem debeat, non tenebitur venditor, si modo hoc ignoraverit, nec constituta sit post venditionem, quia illa servitus ipsum fundum non reddit deteriorem;

si autem sciverit fundum servitutem debere, nec monuerit emptorem, tenebitur, quia dolose tunc egisse videtur.

§ VII.

Sed quid, si inter emptorem et venditorem convenerit, ut, si qua servitus emergat, de ea venditor non teneatur? Nihilominus tenebitur, si sciverit aliquam servitutem a fundo deberi, quia tunc dolose iterum egit; si autem nesciverit, non tenebitur.

§ VIII.

Sicuti venditor monere debet emptorem fundum debere servitutem, si de ea notitiam habeat, ita quoque eum certiorare debet fundo servitutem competere, si aliquam noverit; quod si non monuerit, et emptor non utendo eam amiserit, venditorem convenire poterit (*L.* 66 § 1 *ff. de contrah. empt. vend.*), quia venditor non tantum rem ipsam, sed et jura rei competentia, adeoque servitutes tradere debet emptori, quae sane traditae videri non possunt, nisi de iis venditor emptorem monuerit: praeterea venditor, qui scit servitutes fundo competere, dolo argui potest, si emptorem non moneat, cum sciat se non tantum ad rem, sed etiam ad jura rei tradenda obligatum; adeoque, quoniam dolus in contractu bonae fidei commissus actione ex ipso contractu emendatur, venditor in casu actione ex empto convaniri poterit.

Obj. Venditor tantum tenetur ad tradendum fundum venditum. ℟. Insuper tradere debet omnia jura rei annexa, adeoque et servitutes, quas in casu praestitisse non videtur.

Obj. Eo ipso quo fundum tradidit, servitutes etiam tradidisse videtur, siquidem fundo cohaereant. ℟. Hoc non sufficit, sed ita tradere debet, ut emptor iis uti possit, quod in casu non praestitit, emptor enim ignorans fundo empto competere servitutem, ea uti non potuit, et per non usum amisit.

Obj. Emptor sua culpa et negligentia videtur amisisse servitutem, quatenus si diligentius inquisivisset, cognovisset fundo servitutem deberi. ℟. Demus quod emptoris negligentia aliquo sensu argui possit, quanto magis negligentia venditoris argui poterit, qui sane novisse debuit qualitates et dotes rei suae, quinimo vix est ut emptor scire possit rei dotes, nisi ab ipso venditore, quas si reticuerit, merito tenebitur.

§ IX.

Venditori datur actio ex vendito, eaque personalis est, bonae fidei, et competit adversus emptorem et heredes ejus, ut pretium solvant et usuras a tempore rei traditae, licet in conventionem deductae non sint, nec emptor fuerit in mora, quod singulare videri poterit, cum usurae in strictis judiciis non debeantur, nisi stipulatae sint: in judiciis bonae fidei autem, non nisi post moram; verum hoc ita constitutum est ex praegnantissima aequitatis ratione, quatenus iniquum visum est, ut emptor et re et pretio frueretur, ubi venditor utroque careret.

A praestatione harum usurarum emptor non liberatur per solam oblationem, sed ulterius, si venditor pretium accipere recuset, requiritur consignatio et depositio, quod iterum mirum apparebit, cum usurae, quae ex mora debentur, sola oblatione currere desinant. Ratio autem illius diversitatis est, quod hic usurae non debeantur ex mora proprie dicta, sed propterea quod emptor pretium non solverit, adeoque re et pretio fruatur; unde, quamvis obtulerit pretium cum usuris jam cessis, non vero deposuerit et consignavarit, verum erit dicere pretium non esse solutum, et emptorem re et pretio frui.

Sed si venditor emptori concesserit dilationem ad solvendum, an saltem tunc usurae cessabunt? ℟. affirmative; quia usurae illae debebantur ex eo, quod emptor non solveret quod solvere tenebatur, ubi autem dilationem solutionis accepit, interim solvere non cogitur.

Per hanc actionem venditor consequitur etiam impensas, quas in rem venditam interim fecit, licet postea res perierit (*L.* 13 § 22 *ff. h. t.*).

TITULUS II.

LOCATI-CONDUCTI.

Digitized by Google

§ I.

Locatio-conductio est contractus bonae fidei, consensu initus, quo usus rei, vel factum certa mercede constituta promittitur. Affinis est contractus hic cum emptione; hinc merces correspondet pretio, usus rei vel factum correspondet merci, ita ut sint locationis etiam tria substantialia, consensus scilicet, merces, et usus rei vel factum; unde sicut in emptione pretium debet consistere in pecunia numerata, ita pariter merces in locatione, praeterquam res frugifera elocetur, tunc enim, juxta *L.* 19 § 3 *ff. h. t.*, locatio ita iniri potest, ut merces constituatur in certa quantitate fructuum ex fundo locato nasciturorum, quod specialiter favore agriculturae receptum, ad alia extendendum non est. Differunt vero locatio et venditio in multis; etenim tantum venduntur res, non facta; in emptione agitur de transferendo dominio, non ordinarie in locatione. Hinc quaesitum est, quid si convenerim cum aurifabro, ut mihi poculum aureum conficiat, certa mercede constituta, an intervenlat emptio, an locatio? Et juxta § 4 *inst. h. t.* distinguendum, utrum convenerit ut ego materiam subministrem aurifabro, an vero ut is subministret, et priori casu erit locatio, posteriori, venditio; parum enim interest, utrum emam poculum jam inde factum, an vero adhuc faciendum, utroque enim casu non tam pecunia praestatur pro opera, quam pro ipsa materia; ast quando ego subministro materiam, merces unice praestatur pro opera, adeoque non est emptio, sed locatio.

Diximus in conductione dominium ordinario non transferri, quod semper verum est in locatione rerum; ast in locatione factorum contrarium aliquando contingit, uti si conveniam cum architecto, ut aedificet domum in fundo meo ex sua materia, hoc casu erit quidem locatio-conductio, sed tamen is in me transferet dominium suae materiae.

§ II.

Regulam, ex qua dignosci possit, an sit locatio, an venditio, tradit J. C. *in L.* 20 *ff. de contrah. empt. vend.*, juxta quam videndum est, an is qui pecuniam praestat, nihil aliud praestet, quo casu erit emptio: si autem aliquid aliud praestet, erit locatio. Hinc in exemplo aurifabri § praecedenti memorato, venditio contrahitur, si ex sua materia poculum fecerit, si ex mea materia, erit locatio; quia priori casu nihil praeter pecuniam praestiti, in secundo autem praeter pecuniam, materiam meam subministravi. Pariter in exemplo architecti eodem § relato contrahitur locatio, quia praeter mercedem seu pecuniam, aream subministravi in qua domus aedificaretur, et cujus potestate acquiro dominium materiae.

Huc spectat *L.* 31 *ff. h. t.*, in qua hic casus proponitur. Saufejus a pluribus frumentum transvehendum conduxerat, illi frumentum suum in navim inferentes, illud in eodem acervo commiscuerant ac confuderant: Saufejus uni ex his frumentum suum reddiderat: quaerit J. C. quid si postea navis pereat, an Saufejus ratione restituti frumenti reliquis teneatur. Quam quaestionem, antequam resolvat, praemittit dupliciter iniri posse locationem conductionem, scilicet ut vel idem reddatur, sicuti cum vestimenta fulloni resarcienda locantur: vel ut ejusdem generis, hoc est, ut non eadem res in specie, sed tantumdem restituatur, veluti cum argentum pusullatum, hoc est purum, aurifabro datur ut vasa ex illo faciat; hoc enim casu faber non tenetur praecise vasa conficere ex illo argento, sed satisfacit, modo ea conficiat ex argento ejusdem bonitatis et qualitatis. *Ex superiore causa, rem domini manere, ex posteriore in creditum iri*, ait J. C., quibus verbis non intelligit mutuum contrahi, sed accipientem obligari ad tantumdem restituendum, quo sensu vox *creditum* saepe accipitur, et nominatim in *L.* 5 § 14 *ff. de tribut. act.* His praemissis, decidit J. C. quod, juxta praedicta, frumentum sit factum Saufei, et recte redditum. Ast quaeres, unde J. C. colligat quod in casu frumentum factum sit Saufei? Id colligit ex eo, quod frumentum suum in eodem acervo commiscuerint, ut discerni non possit quale cujusque sit, adeoque, cum impossibile sit cuique suum reddere frumentum, id necessario actum dici debet, ut Saufejus non obligetur ad idem frumentum cuiquo reddendum, sed ad tantumdem.

Sed numquid in casu dici potest, dominium frumenti translatum non esse in Saufejum, sed factum esse commune inter eos, qui frumenta sua commiscuerant? Posset hoc negari, quia domini non inter se, sed cum Saufejo potius contraxerant; sed esto quod frumentum factum sit commune, idem juris erit in effectu quoad redditionem frumenti; quando enim res fungibiles commixtae sunt, etiam unius voluntate a communione recedi potest; unde in casu recto frumentum redditum fuisset, nec ipse Saufejus, aut is qui frumentum recepit, a reliquis poterit conveniri.

Sed cur in casu Saufejus uni frumentum suum sine consensu aliorum reddere potest? Hoc ideo, quia ipsi locatores quisque separatim cum Saufejo contraxerat; eum itaque unicuique ex proprio contractu esset obligatus, etiam cuique ipsorum frumentum suum reddere poterat.

§ III.

Locari possunt omnes res, tam mobiles, quam immobiles, tam corporales, quam incorporales, non tantum propriae, sed et alienae, quia in locatione tantum usus transfertur, illum autem usum praebere potest non dominus; quod si contingat,

Digitized by Google

ut per reivindicationem dominus rem a conductore anferat, is habebit regressum contra locatorem ad interesse eodem fere modo, ut in re aliena vendita et evicta.

§ IV.

Facta quoque elocari possunt, modo possibilia sint et honesta; requiritur insuper ut sint mercenaria et aestimabilia; unde opera agrimensoris, advocati et aliorum, qui artes liberales exercent, locari non possunt, pro his enim non datur merces seu salarium, sed honorarium (*L. 1 ff. si mensor*).

§ V.

Locare-conducere possunt omnes qui possunt contrahere: excipiuntur tamen tutores et curatores, qui non possunt conducere agros fiscales, nisi redditis tutelae rationibus, quod in favorem fisci est introductum, ne, si forte tutores postea extent debitores pupilli, fiscus suum consequi non possit (*L. 49 princ. § 1 ff. h. t.*).

Conductor rem conductam elocare poterit, et quidem pluris quam ipse conduxerat, ita ut locator secundum conductorem prohibere non possit, quominus re conducta utatur, nisi secundus conductor talis esset, qui rem conductam deteriorem redderet, aut alio modo uteretur, quam primo conductori permiserat locator, nisi etiam nominatim aliud in prima conductione fuerit conventum.

§ VI.

Huc spectat *L. 51 ff. h. t.*, in qua hic casus proponitur. Fundus erat locatus ea lege, ut, si non ex lege coleretur, eum relocare locatori liceret, et ut conductor, quo minoris relocaretur praestaret: fundus ex lege cultus non fuit, et adeo locator eum relocaverat, sed pluris: quaesitum est an, quod locator a secundo conductore plus consecutus est praestare deberet primo conductori: et decidit J. C. praestandum non esse, et recte. Ratio est, quod locator mercedem percipiat a secundo conductore ex proprio contractu, adeoque lucrum ei cedere debet: praeterea pactum appositum primae locationi adjectum fuit in favorem locatoris, et in poenam primi conductoris, incongruum sane foret ut quod in poenam alicujus conventum est, eidem prodesset, quod contingeret si locator primo conductori illud plus praestare teneretur.

Obj. quod ad quem pertinent incommoda, ad eumdem etiam pertineant commoda. ℟. Illa regula vera est, quando eadem est ratio commodi et incommodi, quod in casu non contingit; etenim quod primus conductor locatori restituere debeat quanto minus ex secunda conductione consequeretur, hoc ideo est, quod de eo ita nominatim conventum sit; ast nihil conventum est super casu, quo is pluris relocaret; atque adeo, cum locator mercedem illam ex proprio quaesiverit contractu, ei cedere debet.

Nec quisquam dicat, quod eo ipso quo convenit ut, si locator minoris relocasset, indemnis a primo conductore servaretur, etiam conventum videatur ut, si pluris relocasset, id primo conductori restitueret; argumento deducto a societate, in qua, si partes lucri sint determinatae, damni vero non, eadem proportio in damno spectanda sit. Nam disparitas est, quod in societate id contingat propter naturam societatis, quae consistit in aequalitate, a qua prorsus recederetur, si partes damni non corresponderent partibus lucri. Ast de natura locationis non est omnimoda aequalitas inter locatorem et conductorem; locator enim eo animo accedit ad contractum, ut quam plurimi locet, conductor vero ut quam minimi conducat; unde, cum nihil conventum sit super casu quo pluris relocaretur, dicendum quod tota merces debeat cedere ipsi locatori.

§ VII.

Non tantum expresse, sed et tacite contrahi potest locatio-conductio: sic tacite contracta videtur, si post tempus conductioni praestitutum, conductor rem conductam non restituat locatori, sed eadem uti perseveret, locatore non contradicente; ex hoc enim facto continuationis usus intelligitur nova conductio contracta, et quidem iisdem conditionibus, quibus prior fuerat contracta; unde eadem merces praestanda, eadem securitas in pignoribus, quae forte praestitit conductor in prima conductione; quae omnia diversa sunt in fidejussoribus aut extraneis, qui pignora dederant, quia hi tantum se obligaverant pro prima conductione, nullo modo pro secunda; jam autem nemo obligari potest ultra conventionem quam inivit. Nec facit quod, ubi ipse conductor res proprias pignori dedit, eaedem remaneant obligatae pro secunda conductione; nam disparitas est, quod eo ipso quo in secundam conductionem consensit, creditur similiter consensisse, ut res suae pignori manerent obligatae pro secunda conductione: ast tertius, qui pro prima conductione res suas pignori dederat, vel fidejusserat, nullo modo consensit in secundam conductionem, nullum enim factum posuit, unde ejus consensus colligi possit.

Haec ita, si locator et conductor sint in eodem statu ut consentire possint; nam si interim locator furere incoeperit, aut sine herede decesserit, vel etiam terminus primae conductionis inciderit in tempus quo adhuc jacet hereditas, quamvis conductor perseveraverit re conducta uti, tacita tamen reconductio non intelligetur, quia locatio fieri non

potest, nisi utriusque consensu expresso vel tacito, qui in casu nequit intervenisse ex parte locatoris (*L.* 14 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Quo tempore duret tacita reconductio quaeritur? Et distingue inter praedia rustica et urbana, ut scilicet in praediis rusticis, cum tantum statutis anni temporibus fructus ex iis percipiantur, reconductio ad hoc tempus facta videbitur, quo fructus percipi possunt, quia alias reconductio foret conductori inutilis; in praediis vero urbanis reconductio locum habebit ad id tempus, quo conductor ultra tempus primae conductionis inhabitavit; quia in praediis urbanis fructus, scilicet habitationis, quotidie colligitur.

§ IX.

Locatio rerum una et simplex est, ast operarum dupliciter locatio fieri potest, scilicet per aversionem, aut ad pedes vel in mensuram: per aversionem, quando una tantum merces constituitur pro integro opere perficiendo, vel merces constituitur in singulos dies, mensuras, vel pedes, ita ut universitas consummationis ad conductorem pertineat, ut ordinarie fit in constructione aedificiorum: tunc dicitur fieri ad pedes vel mensuras, quando merces determinatur in singulos pedes, mensuras etc., nulla mentione facta de perfectione operis, vel, siquidem facta sit, tamen opus perfici debet arbitrio domini.

Sed quid, si opus elocatum perierit antequam approbetur, vel admensuretur, ed quem pertinebit ejus periculum? Distinguendum est utrum opus sit elocatum per aversionem, an vero ad pedes vel mensuram. Et siquidem ad pedes vel mensuram sit elocatum, quatenus admensuratum est, periculum pertinet ad locatorem, ultra non pertinet, nisi forte per locatorem steterit quominus admensuratio fieret, nam tunc pro jam facta habebitur. Si autem opus elocatum sit per aversionem, tunc periculum proveniens ex vitio soli ad conductorem, illud vero quod provenit ex casu fortuito pertinet ad locatorem; ubi autem dominus, seu conductor opus semel probavit, omne periculum incipit ad eum pertinere, nisi forte dolo locatoris probatio facta esset, tunc enim nihilominus periculum proveniens ex vitio operis ad eum pertineret: quod si vero pars tantum confecta sit et pereat, indistincte peribit locatori, sive vitio operis, sive casu fortuito perierit, ita ut pro nulla parte mercedem exigere possit; ratio hujus est, quod locator mercedem petere non possit, nisi contractum ex sua parte adimpleverit; quamdiu autem opus perfectum non est, non potest dici contractum implevisse.

Nec quis dicat saltem pro parte esse confectum opus, nam opus conficiendum prorsus est individuum adeoque negandum est, eum pro parte contractum adimplevisse.

Obj. *L.* 59 *ff. h. t.* ℟. In casu illius legis, non vitio operis, nec casu fortuito, sed vitio soli in quo aedificatum erat, opus periit, quo casu, non mirum si pereat periculo conductoris, cum enim solum esset conductoris, is scire debuit qualitates ejus (*L.* 15 § 2 *ff. h. t.*).

§ X.

Ex hoc contractu duplex nascitur actio, locati scilicet, et conducti, utraque directa et bonae fidei. Actio ex conducto datur conductori et heredibus ejus contra locatorem et heredes ejus, ut praestet usum pro toto tempore conductionis, resarcist damnum, quod culpa sua in rebus suis passus est, refundat etiam impensas, quas in re conducta facere debuit: haec actio personalis est, utpote ex contractu nascens, et contra tertium non datur; unde si forte conductor rem sublocaverit, secundus conductor non habebit actionem contra primum locatorem, uti nec viceversa; idem dicendum, si locator rem vendidisset, nam adversus emptorem conductor actionem non habebit.

Tendit haec actio ad praestationem usus rei, et eorum, quae ad usum ejus comparata sunt, omniumque, sine quibus re conducta commode uti nequit (*L.* 19 § 2 *ff. h. t.*): quod si locator usum rei non praestet, videndum utrum id contingat dolo, vel culpa ejus, quo casu conductor non tantum liberabitur a mercede, sed convenire poterit locatorem ad id quod sua interest usum rei non habere; quinimo si locator rem locatam penes se habeat, et usum ejus dolose recuset, ad usum rei prestandum remediis praetoriis et civilibus cogi poterit: si autem usum rei praestiterit, ex postfacto, tamen, antequam terminus in conductione praestitutus effluxerit, per ipsum, vel per alterum usus rei auferatur, itidem conveniri poterit; si autem sine dolo et culpa locatoris contingat, quod usus rei praestari non possit, ad interesse conveniri non poterit, sed plerumque conductor a mercedis praestatione liberabitur.

Si locator rem locatam vendiderit, et emptor conductorem expulerit, sicuti jure Romano facere posse probat *L.* 9 *cod. h. t.*, conductor ad interesse locatorem convenire poterit. Idem dicendum, si locator rem locatam legaverit, et legatarius conductorem expulerit, quod sane ei licet; legatarius enim non tenetur stare locationi per defunctum factae, cum ejus personam non repraesentet. Aliud foret in herede, qui personam defuncti repraesentat: ubi autem legatarius rem abstulerit a conductore, is habebit actionem contra heredem, utpote qui in omnes defuncti obligationes successit. Haec

ita jure Romano; moribus autem per consuetudines variorum locorum constitutum est, ut emptor, vel quiscumque alius causam habens a locatore, conductorem expellere non possit.

§ XI.

Sunt quidam casus, in quibus, licet locator usum rei non praestet, ad interesse conveniri non potest, sed conductor tantum liberatur a mercede praestanda. Sic juxta *L.* 3 *cod. h. t.*, si domus locata qua forte locator non indigebat, sed ex postfacto indigere incoepit, forte quod aedes quas inhabitabat sint collapsae, alias autem commodas aedes sibi procurare non possit, poterit cogere conductorem ut e domo locata emigret. Aliud est in aliis rebus, v. g. fundo; quod enim de domo diximus, specialiter receptum est, adeoque ad consequentias non est extendendum, praesertim, cum sit dispar ratio; habitatio enim alimentis annumeratur, quorum causa multo favorabilior est quam caeterarum rerum: praeterea saepe difficile est domum, plerumque autem facile fundum, vel alias res sibi comparare.

Similiter locator ad interesse conveniri non poterit, si forte conductorem emigrare jusserit, quia domus necessaria refectione indigeret.

Ita quoque ad interesse conveniri non poterit, si conductorem expulerit, quia pensionem intra biennium non solveret; quod ita constitutum est, ne dominus et re sua et pensione privetur, quo casu liberabitur conductor a pensionibus futuris, non vero a praeteritis, cum enim usum rei habuerit, aequum est etiam ut luat mercedem (*L.* 54 § 1, *L.* 56 *ff. h. t.*). Idem erit, si conductor ideo expellatur quod re locata abutatur, his enim casibus jure suo utitur locator, adeoque ad interesse conveniri nequit.

§ XII.

Per hanc actionem insuper petitur resarciri damnum, quod conductor in rebus suis culpa locatoris ratione rei conductae fecit: sic, si res vitiosa sit locata, sciente locatore, et ob ejus vitium conductor damnum passus sit, locator illud resarcire debebit: aliud dicendum, si locator ignorasset rem illam esse vitiosam, tunc enim ad damnum resarciendum conveniri non posset, sed, siquidem vitium sit tale, quod usum rei impediat, conductor liberabitur a mercede praestanda: quod si vitium non impediat usum rei, nequidem facienda erit mercedis remissio. Haec ita, nisi locator fuisset artifex, aut talis qui vitium rei scire debuisset; tunc enim, quamvis ignorasset rem esse vitiosam, nihilominus ad resarcitionem totius damni posset conveniri.

§ XIII.

Tandem per hanc actionem repetuntur impensae, quas conductor in rem conductam fecit; et quidem de necessariis dubitari non potest, cum eas fecisse intelligatur ex tacita domini voluntate, sed et etiam utiles eum repetere posse constat (*L.* 55 § 1 *ff. h. t.*), si consensu domini factae sint; si autem citra ejus voluntatem, id observari debet quod in pignore in *L.* 25 *ff. de pign. act.* statutum est: porro in casibus quibus repetitio denegatur, permittendum est conductori, ut eas tollat sine deterioratione rei.

§ XIV.

Nunc videamus de actione locati, quae est bonae fidei, competens locatori et heredibus ejus adversus conductorem heredesque ejus ut, finita locatione, rem restituat, atque resarciat damna, quae dolo aut culpa sua in re locata contigerunt.

Quaeritur, quid si plures rem conduxerint, an omnes conveniri possint in solidum? Si agatur de mercede, quisque tantum pro parte sua conveniri poterit, nisi aliud inter contrahentes sit conventum: si autem agatur de restitutione rei, tunc is conveniri poterit, qui habet rei restituendae facultatem; si autem res culpa, vel dolo perierit, tunc is conveniri debet cujus dolo periit: quod si dolo utriusque periit, tunc quisque in solidum conveniri poterit, et si non praestetur, ad solidam aestimationem (argumento *L.* 5 *ff. commod.*). Idem dicendum, si plures sint heredes unius conductoris, nisi forte res locata talis esset, quae per partes posset restitui (argumento *L.* 22 *ff. depos.*).

Petitur itaque per hanc actionem, ut merces solvatur, et quidem integra, quamvis conductor per totum tempus conductionis usus non esset, si modo per ipsum steterit quominus uteretur, nisi tamen justam causam habuerit cur usus non sit, puta quod locator domum conductam reficere nollet, quo casu, tantum pro rata temporis quo usus est mercedem solvet.

§ XV.

Remissio mercedis ob sterilitatem facienda est, modo talis sit, ut nulli, vel admodum pauci fructus percepti sint; ratio hujus est, quod casus fortuitus noceat ei, in cujus rebus contingit; jam autem fructus quamdiu sunt in fundo, sunt locatoris; ergo casus fortuitus ipsi nocere debet. Aliud foret dicendum, si fructus jam inde essent percepti, illique apud conductorem perierint; tunc enim, cum jam facti sint conductoris, casus fortuitus in illis contingens ei nocere debet.

Quod diximus ob sterilitatem supervenientem faciendam esse mercedis remissionem, hanc pati-

tur limitationem, scilicet, si annis superioribus summa fuisset fructuum ubertas, quo casu compensationi locus esset, nec distinguendum an unica, an pluribus pensionibus facta sit locatio. Quod si ageretur de colono partiario, tunc sterilitas superveniens utrique aequaliter noceret, ita ut damnum utrique sit commune, quia locator et conductor partiarii quasi socii reputantur, atque adeo, sicut in societate damnum et lucrum communia sunt, ita et hic idem servandum erit.

§ XVI.

Petitur insuper per actionem locati ut conductor, finita conductione, rem conductam restituat; quod si forte restituere nolit, vel dolo fecerit quominus restitueret, si agatur de re mobili conducta, condemnabitur quantum in litem actor juraverit (*L.* 48 § 1 *ff. h. t.*); si autem agatur de re immobili, tunc, si usque ad sententiam pertinaciter restituere detrectaverit, in poenam contumaciae, non tantum condemnabitur ad rei restitutionem, sed et insuper ad aestimationem ejus (*L. penult. cod. h. t.*); quod si sine dolo, sed tamen culpa cjus factum ait quominus restitueret, tune tantum ad veram aestimationem condemnandus est: si vero neque culpa argui possit, puta quod res casu fortuito perierit, nullatenus conveniri poterit, nisi culpa casum praecesserit: hinc si forte conventum esset ne conductor in domo conducta ignem haberet, et non obstante pacto ignem habuerit, quamvis etiam eo in loco ubi nullum videbatur incendii periculum, tamen, si incendium ortum sit casu fortuito, domusque combusta sit, conductor tenebitur, quia conductor contravenit obligationi susceptae, et ita fuit in culpa respective ad casum fortuitum: aliud foret, si conventum esset, ut ignem innocentem haberet, tali casu enim, quamvis ignem habuerit, qui aedes combussit, si modo tali loco habuerit, ubi nullum videbatur periculum incendii subesse, nullatenus tenebitur.

TITULUS III.

DE AESTIMATORIA.

Cum non possent omnia negotia contractibus nominatis accenseri, nec certa et nominata actio inde dari, eo quod incertum et dubium esset quis contractus esset celebratus, tollendae hujus difficultatis causa Romani introduxerunt actionem *praescriptis verbis*, ad quam recurrendum est quoties agitur de contractu, cujus appellatio certa et determinata non est; ideo autem *praescriptis verbis* appellatur, quia verba in ipsum factum diriguntur et concipiuntur, quo ita descripto, praetor eadem verba judici transmittebat, ut desuper judicaret. Haec actio promiscue vocatur *praescriptis verbis*, vel *in factum*, vel *in factum civilis*, et aliquando *incerti condictio*.

Exemplum contractus, de quo incertum erat qualis esset celebratus, exhibet contractus aestimatorius; poterat enim quodammodo referri ad emptionem, vel ad locationem, vel ad mandatum (*L.* 1 *ff. h. t.*).

Contractus autem aestimatorius est, quo res alicui vendenda traditur, sub certa et determinata aestimatione, ita tamen ut ei liberum sit vel ipsam rem restituere, vel aestimationem praestare; qui talia negotia suscipiunt, *propolae* appellantur.

Differt hoc negotium a mandato, quod mandatum fiat gratis, non vero contractus aestimatorius. Differt tum a mandato, tum a locatione, in qua scilicet quis locat operas suas ad aliquid vendendum, quod mandatarius et locator, si rem pluris vendiderint quam fuerat aestimata, illud restituere debeant, non vero propola, quia in mandato et locatione aestimatio fit notitiae causa, in contractu aestimatorio autem aestimatio fit venditionis causa; hinc propola eligere potest an rem domino restituere velit, an aestimationem; in mandato autem et locatione, si res non vendatur, absolute domino restitui debet. Saepe ex qualitate personae, cum qua contrahitur, colligitur quis contractus initus sit; si enim quis contrahat cum eo, qui propolae officium gerere consuevit, non erit mandatum, sed contractus aestimatorius.

An in contractu aestimatorio dominium rei in propolam transferatur, quaeritur? Et verius est transferri, cum enim propola alternative teneatur, vel ad aestimationem rei praestandam, vel ad rem ipsam restituendam, dominus rei tantum potest agere adversus eum alternative, adeoque rem determinate petere nequit; ergo non habet reivindicationem, et consequenter dominium quod amisit in propolam translatum est. Praeterea omnis debitor alternativus utriusque rei alternative debitae dominium habet, et certe aestimatio in hoc contractu fit venditionis gratia; dominus enim qui determinat pretium, non habet ulterius animum rem illam sibi habendi, sed pretium sibi habendi. Tandem propola, modo pretium praestet, rem vendere, sibi retinere, donare, vel ea abuti potest, quae omnia sane sunt effectus dominii.

Obj. Non videtur esse intentio dantis, ut dominium transferatur in accipientem, sed ut accipiens rem vendat et pretium restituat, ergo, quamdiu res vendita non est, non potest dici dominium ab eo translatum. ℟. Intentio transferendi dominii hic adest per necessariam consequentiam, quia is, qui rem ita dat, hoc agit, ut accipientem alternative sibi obliget, quod sine translatione dominii fieri nequit.

Obj. Alienatio debet manere in suspenso, uti in emptione conditionali, nam dans non declaravit se transferre dominium in accipientem, nec propola

illud acceptavit, et sic needum adest emptio. ℟. Contractus hic non est conditionalis, sed pure initus, licet verum sit quod accipiens huc usque non emerit, nec sibi retinere velit, in effectu tamen idem est eo quod dans rem repetere non possit.

Ex eo, quod in hoc negotio transferatur dominium, sequitur, quod is qui dedit non possit vindicare, si forte propola rem non vendidisset, sed alteri oppignorasset, vel donasset etc. Sequitur etiam quod, cum dans in creditum abierit cum propola, non possit jure dominii rem ab eo auferre, et quod consequenter in concurso creditorum non praeferatur aliis creditoribus propolae, sed cum his concurrere debeat (*L.* 5 § 18 *ff. de trib. act.*); sequitur ulterius, quod periculum sit propolae, ita ut si res pereat casu fortuito, ad aestimationem ejus teneatur (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*).

Obj. *L.* 17 § 1 *ff. de praescript. verb.*, ubi distinguitur utrum dans accipientem rogaverit, quo casu dicitur periculum esse dantis, et ita quoque si neuter alium rogaverit. ℟. Non agitur ibidem de contractu aestimatorio, sed de tali contractu, ubi aestimatio magis taxationis quam venditionis causa fuit adjecta, eo fine, non ut accipiens redderet rem vel aestimationem, sed tantum ut de valore rei constaret, ut si postea ab accipiente aestimatio praestanda esset, sciretur rei pretium; quo casu potius est mandatum de vendendo, quam contractus aestimatorius: quod eo fine ibidem aestimatio fuerit facta, inde patet, quod inquirat J. C. quis alium rogaverit, an dans, an accipiens, et adeo illud negotium magis inclinat ad mandatum, patet quoque ex eo quod J. C. supponat rem periisse ante venditionem, adeoque quod praecise ad vendendum data fuerit.

Obj. *d. L.* 17 § 1, ubi accipiens erat etiam obligatus, ut alternative aut rem aut pretium referret. ℟. Sed haec obligatio alternativa, quae latet in aestimatione taxationis gratia, talis est, ut accipiens praecise teneatur, vel ad rem vendendam, vel ad eam in specie restituendam, non ut obligetur ad rem referendam, aut aestimationem praestandam, ut in contractu aestimatorio fieri diximus.

Obj. Non potest in casu dici mandatum contractum, siquidem non detur actio mandati, sed praescriptis verbis. ℟. Sed distinctio subjecta indicat speciem ibidem propositam fuisse incertam, propter varias circumstantias, adeoque formulam mandati tamquam certi et determinati negotii non potuisse applicari; hinc ad evitandam illam incertitudinem, Ulpianus dedit actionem praescriptis verbis.

Cur ergo in illa lege, dum accipiens dantem rogavit, dicitur quod sit periculo accipientis? Quia tunc se obtulit ad illud negotium gerendum, adeoque non minus tenetur de periculo quam commodatarius qui rem aestimatam sibi commodatam accepit (*L.* 5 § 3 *ff. commod.*).

TITULUS IV.

DE RERUM PERMUTATIONE.

Ex contractibus innominatis duo tantum habent titulum specialem, scilicet contractus aestimatorius, de quo titulo praecedenti diximus, et rerum permutatio: ideo autem illi duo titulos suos habent, quia sunt bonae fidei, reliqui autem sunt stricti juris.

Permutatio, seu contractus *do ut des*, est contractus innominatus, quo res alicui datur ea lege, ut vicissim accipiens rem aliam det: verum quidem est, quod hic contractus nomine permutationis veniat, sed non ideo referri debet inter contractus nominatos, tum quia illud nomen generale est, pluribus conventionibus congruens, tum quia non est tale nomen quod actionem certam et determinatam producat, sed generalem, scilicet praescriptis verbis.

Contractus hic admodum vicinus est contractui emptionis-venditionis, cui etiam originem dedit, ut describit Paulus in *L.* 1 *ff. de contrah. empt. vend.*, attamen ab eo in multis differt. Nam aliud est emere, aliud vendere, alius est emptor, alius venditor, aliud est merx, aliud pretium; at in permutatione discerni non potest uter sit emptor, uter venditor, uterque enim permutat, sive rem dat; unde uterque ex aedilitio edicto et de evictione agere potest, at in emptione solus emptor; nec in permutatione discernitur quid sit merx, quid pretium; venditio solo consensu perficitur, permutatio autem rei traditionem requirit; emptione-venditione perfecta, non amplius locus est poenitentiae, in permutatione liberum est ei qui dedit poenitere, est etiam in ejus arbitrio utrum malit agere praescriptis verbis ad implementum contractus, an vero malit rem quam dedit repetere; in venditione non transfertur dominium, nisi venditor pretium acceperit, aut de eo fidem habuerit, in permutatione autem statim a traditione dominium transfertur.

Si quis rem alienam permutationis causa alteri tradidit, eam certe accipientis non faciet, et adeo conventionem suam non implet, accipiens itaque statim adversus illum agere poterit ut conventionem impleat, vel rem quam dederat repetere, et hoc sensu dicitur, quod is qui rem alienam dat, nullam contrahat permutationem (*L.* 1 § 3 *ff. h. t.*).

Qui rem permutationis causa accepit, obligatur ad rem de qua convenit dandam, id est propriam accipientis facere: quod si eam dare non possit, si quidem dolo aut culpa ejus hoc contigerit, ad alterius interesse tenebitur: quod si hoc casu fortuito contigerit, non tenebitur quidem ad id quod alterius interest, sed tenetur alteri restituere quod accepit, et hoc sensu dicitur, quod periculum rei

dandae ad dantem pertineat (*L.* 5 § 1 *ff. de praescript. verb.*).

TITULUS V.

DE PRAESCRIPTIS VERBIS, ET IN FACTUM ACTIONIBUS.

Quatuor contractuum ionomminatorum genera recensentur in *L* 5 *ff h. t.*, scilicet: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *et facio ut facias*. De contractu *do ut des* actum fuit titulo praecedenti; contractus enim ille nihil aliud est quam permutatio, et sicuti ex eo, ita quoque ex caeteris contractibus innominatis nascitur actio praescriptia verbis. Contractus *do ut facias* est ille, quo res datur alicui, ut ex sua parte factum praestet: differt hic contractus a locatione, quod quaelibet res etiam non fungibilis, pro praestando facto dari possit, at in locatione, pro facto debet dari pecunia: locatio solo consensu perficitur, hic contractus rei traditionem requirit: locatio est bonae fidei, contractus hic est stricti juris.

Qui ex contractu rem accepit, obligatur ad factum promissom praestandum: quod si facere detrectet, ad interesse tenebitur: potest quoque is qui rem dedit, ex poenitentia repetere: haec obligatio tantum oritur, si rem propriam quis dederit, nam si dederit alienam, alter non tenebitur factum de quo convenit praestare, sed danti nil aliud competet quam dati repetitio.

Tertia species contractuum innominatorum est *facio ut des*, quo factum aliquod praestatur, ut vicissim res ab alio detur. Differt hic contractus a locatione in eo, quod hic ineatur, si factum quodlibet praestetur, ut ob factum praestitum alter rem quamcumque, de qua convenit, praestet; at in locatione debet esse tale factum, quod alteri locari potest, et non omnis res praestari potest, sed regulariter pecunia numerata tantum: item contractus hic perficitur tantum postquam id, de quo convenit, factum est, at locatio solo consensu perficitur.

Quarta species contractuum innominatorum est *facio ut facias*, quo factum aliquod praestatur, ut vicissim factum aliud praestetur, aut interesse (*L.* 5 § 4 *et* 5, *L.* 9, 18 *et* 19 *ff. h. t.*). Contractus hic affinis est mandato, scilicet si mutuo tales operae praestentur, quae in contractu mandati doduci possunt: aliquando affinis est commodato et locationi, ut si v. g. commodem vel praestem tibi usum equi, ut bovem tuum commodes vel illius usum praestes. Differt vero ab his, quod non certi generis facta requirat, sed quaelibet admittat: sic differt a mandato, quod non tantum negotia gerenda, sed et alia non gratis suscipiantur, quodque factum debeat intervenisse ut constituatur obligatio, ubi mandatum solo consensu et gratis perficitur et suscipitur: differt a locatione, quod hic non tantum admittat usum rei vel operae, sed quodvis factum, et quod non perficiatur solo consensu: differt a commodato, quod non sit gratuitus, et in eo interveniant facta, quae non interveniunt in commodato.

Non alia pro hoc contractu, sicuti nec pro contractu *facio ut des* actio competit, quam praescriptis verbis, non vero condictio causa data causa non secuta, nec condictio ex capite poenitentiae, cum, quod factum est, infectum fieri nequeat.

Digitized by Google

PARS QUARTA

LIBER VIGESIMUS

TITULUS I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, ET QUALITER EA CONTRAHANTUR, ET DE PACTIS EORUM.

§ I.

Vox *pignus* in jure vario sensu sumitur et accipitur; nam vel denotat contractum pignoris, vel ipsam rem quae pignori datur, vel jus reale quod creditor in ea accipit. De contractu pignoris, et de actione personali, quae ex eo acquiritur, sub hoc titulo non agitur, de eo enim actum sub tit. *de pignoratitia actione;* sed unice hic agitur de jure reali, quod creditor in re sibi pignori data acquirit, et de actione hypothecaria ex hoc jure reali resultante.

Inter hoc jus reale, quod creditor in re pignori data habet, et illud quod habet in re hypothecata, nihil interest, eademque actio ex utroque oritur; unde J.C. in *L.* 5 § 1 *ff. h. t.* ait, pignus et hypothecam tantum nominis sono differre; unde etiam sub hoc titulo voces *pignus* et *hypotheca* promiscue sumuntur, et sub uno alterum comprehendimus. Differt tamen pignus ab hypotheca in eo, quod *pignus* dicatur, dum res ita obligata est, ut simul tradita sit creditori; *hypotheca* autem non traditur creditori, sed apud debitorem manet, et sola conventione constituitur: cui accedit alia differentia desumpta ex eo, quod ordinarie fieri solet, nempe quod res mobiles pignori dentur, immobiles hypothecae, idque non mirum; nam si res mobiles, quae obligantur, non traderentur creditori, is non haberet sufficientem securitatem, cum facile esset debitori eas occultare, vel clanculo alienare, et sic eludere creditorem, quod periculum non est timendum in immobilibus. Econtra in immobilibus interest debitoris, ut apud se remaneant, et vix interest creditoris in possessione earum esse, cum equidem nullum lucrum ex eo capere possit; unde illae solent hypothecari. Caeterum nil impedit quominus mobilia hypothecen-

Digitized by Google

tur, vel immobilia pignori dentur; unde illa differentia non est essentialis.

§ II.

Hypothece, ut diximus, solo pacto constituitur (*L.* 4 *ff. h. t.*); itaque id speciale est in ea, quod quamvis jus reale actu inter vivos sine traditione non transferatur, hic tamen jus reale transferatur; quod specialiter receptum est ex hac ratione, quod cum hypotheca in rebus immobilibus soleat constitui, si illae tradi deberent creditori, maximo incommodo debitor afficeretur, cum ita privaretur facultate re sua utendi: aliud speciale in hypotheca est, quod ex pacto hypothecae, licet nudo, detur actio, ubi tamen nota juris regula est, ex nudo pacto actionem non dari; sed id pactum praetor specialiter confirmat, et ex eo actionem dat, unde est pactum praetorium, qualia sunt pacta, ex quibus praetor actionem dat, quam jus civile denegabat.

§ III.

Ut autem res sit pignori vel hypothecae obligata, praerequiritur aliquod debitum pro quo obligetur; est enim pignus accessorium obligationis principalis, sine qua proinde nequit subsistere. Caeterum qualecumque debitum sufficit, modo naturale sit, nec refert an purum sit, an in diem, vel sub conditione etc.; ita tamen, ut hoc posteriori casu non obligetur res, antequam conditio existat (*L.* 5 *in princ. et* § 2, *L.* 13 § *ult. ff. h. t.*).

§ IV.

Hypotheca dividitur in generalem et specialem. *Generalis* vocatur, qua omnia alicujus bona obligata sunt; *specialis*, dum res aliqua vel bona aliqua obligantur. Item alia est *conventionalis*, alia *legalis*. Prior est, quae consensu imponitur, altera, quam lex dat. Sub speciali hypotheca praecise continetur id de quo convenit, vel de quo lex statuit ut obligatum esset; sub generali autem omnes omnino res, quas quis habet, continentur, mobiles et immobiles, corporales et incorporales etc. Imo sub hypotheca generali non tantum continentur bona praesentia, sed etiam futura, seu quae debitor postea acquirit, licet de his nil fuerit dictum, sed simpliciter dixerit debitor, quod omnes suas res obligaret, ut aperte decidit Justinianus in *L. ult. cod. quae res pignori etc.* Rationem dat imperator, quod magis ad voluntatem contrahentium, quem ad verba spectandum sit. Vult ergo quod ea fuerit contrahentium voluntas, ut sub nomine omnium bonorum intellexerint etiam futura, nempe apud Romanos moris erat, ut, dum quis omnia sua bona hypothecabat, et futura adjiceret, ut constat ex *L. ult. cod. de remissione pignor.* Quisque autem censetur sequi mores et consuetudines loci in quo degit; sicque, licet nil de futuris expresserint contrahentes, de his tamen obligandis sensisse videntur, praesertim, cum verba quibus usi sunt sint generalia: cui accedit, quod parum intersit debitoris, utrum futura etiam comprehendantur; nam equidem debitum ejus principale non augebitur, et unica solutione tam futura, quam praesentia liberabit. Econtra, interest ipsius magnam dare hypothecam, quatenus tunc magis securus erit creditor, nec tam facile eum molestabit.

Obj. quod sub donatione omnium bonorum non comprehendantur futura. R. Sed est lata disparitas; nam si sub ea comprehenderentur bona futura, augeretur quam maxime obligatio donatoris, ubi in nihilo augetur obligatio debitoris, propterea quod bona ejus futura hypothecata sint, tanto magis quod donatio sit strictissimae interpretationis, et non possint in ea applicari ea, quae diximus moris esse, dum hypotheca generalis constituitur. Idem respondetur, si objiciatur *L.* 7 *ff. de auro argento etc. legato*, ubi quis ita legabat: *vestem meam et argentum meum lego*; dicitur, quod illa tantum vestis, illud argentum legatum sit, quod testator tempore testamenti habebat, non quod postea habuit, quia demonstratione *meum*, praesens, non futurum tempus ostendebat, ait J. C.; est quidem verum quod in nostro casu debitor etiam dixerit *obligo res meas*, et quod res, quas nondum habeo, non sint meae; sed ex eo tantum sequitur, quod si strictam verborum significationem inspiceremus, futura non continerentur; caeterum mens contrahentium, qui censentur se conformare usibus regionis in qua habitant, postulat, ut futura etiam dicantur comprehensa.

Itaque si hypothecam generalem in tuis bonis habeam, omnia bona, quae acquisiveris, erunt mihi obligata; unde et si alicui heres extiteris, in illis bonis hereditariis hypothecam habebo: quod si tu moriaris, bona quidem tua ad heredem tuum transibunt cum onere hypothecae; non tamen habebo hypothecam in bonis heredis tui, quae aliunde acquisivit vel acquiret; bona enim illius nunquam mihi obligata fuerunt (*L.* 29 *h. t.*).

§ V.

A regula, quod sub hypotheca generali omnes res contineantur, excipiuntur imprimis res illae, de quibus si cogitasset debitor, eas verosimiliter non fuisset obligaturus, ut vestes, suppellex, concubina (*L.* 7 *et* 8 *ff. h. t.*); non enim censetur eas voluisse comprehendi.

Caeterum haec exceptio tantum est pro hypotheca generali conventionali, non pro ea quam lex dat, nullibi enim legitur haec exceptio facta pro hypotheca legali, et haec inducitur praeter volun-

tatem debitoris, adeoque ejus voluntas hic non venit attendenda.

Alia exceptio est in *L. ult. cod. de remissione pignorum*, ubi deciditur, quod si hypothecam generalem in tuis bonis habeam, et cum consensu meo aliquam rem vendas, licet illam rem postea redimas, non habeam amplius hypothecam in ista re; sed de hoc videbimus sub tit. *quibus modis pignus vel hypotheca solvatur.*

§ VI.

Potest etiam universitas hypothecae obligari, ut hereditas, peculium, taberna, grex, eritque his casibus specialis hypotheca, quoniam non omnia bona debitoris obligantur. De grege loquitur *L.* 13 *ff. h. t.*, nempe, quamvis grege hypothecato, singula ovis non est seorsim hypothecata, sed ipse grex, adeoque est unica hypotheca, quae tamen singulam ovem in individuo afficit; si oves quaedam moriantur, et aliae in earum locum ponantur, ut totus forte grex tractu temporis renovatus sit, manebit tamen grex pignori obligatus, et etiam singula ovis, cum sit semper idem grex (arg. *L.* 76 *ff. de judiciis*); idemque de taberna seu officina deciditur in *L.* 34 *ff. h. t.*

§ VII.

Hypotheca alicui rei imposita, non tantum speciem, sed ipsam substantiam seu materiam rei afficit, adeo ut si res pro parte pereat, retineatur tamen hypotheca in eo quod remanet, licet non amplius sit eadem species, unde, domo hypothecata combusta, area obligata manet: contrarium in usufructu, nempe ille non imponitur substantiae rei, sed speciei, seu in casu domus non imponitur materian, ex qua domus constat, sed ipsi domui consideratae ut est domus, adeoque statim ac non est amplius domus, licet materia ex qua composita erat, et area adhuc existant, periit tamen ususfructus.

Hinc etiam, licet res mutata sit, v. g. ex agro hypothecato facta sit sylva, retinetur hypotheca (*L.* 16 § 2 *ff. h. t.*). Quid si res specificata sit? Si non possit reduci ad pristinam speciem, et in bona fide fuerit is qui specificavit, quoniam tunc pristina materia periisse videtur, hypotheca extinguitur, eodem modo ut dominium hoc casu amitteretur, et specificanti acquireretur, juxta § 26 *inst. de rer. divisione*. Quod si possit reduci ad pristinam speciem, retinetur hypotheca, etenim et dominium hoc casu retinetur: hypotheca autem aeque substantiam rei afficit ac dominium. Quod si ipse debitor specificaverit, quoniam hic scivit rem hypothecatam esse, adeoque in mala fide fuit, retinetur hypotheca, ne alias in potestate ejus foret eripere creditori jus quaesitum.

§ VIII.

Id etiam, quod rei hypothecatae accedit, hypothecatum est (*L.* 16 *ff. h. t.*): similiter si areae hypothecatae domus imponatur, vel, domo hypothecata combusta, alia aedificetur, domus haec hypothecata erit (*L. ult.*, *L* 29 § 2 *ff. h. t.*). Si tamen non ipse debitor, sed tertius bonae fidei possessor aedificaverit, et creditor ab eo rem avocet, is poterit se tueri per exceptionem doli mali, nisi creditor restituat impensas, in quantum res hypothecata melior facta est; cum enim creditor hypothecam avocet ut eam vendat, et ratione aedificationis plus pro ea sit accepturus, non est aequum ut cum jactura bonae fidei possessoris lucrum faciat; hoc enim augmentum non habuisset, si res per impensas ab eo factas non fuisset meliorata.

Praedio hypothecato, etiam fructus, qui ex eo a debitore percipiuntur, hypothecati esse censentur (*L* 3 *cod. in quibus causis pignus etc.*), licet de his nulla mentio sit facta. Quod autem in *L.* 1 § 2 *ff. h. t.* proponatur conventionem factam fuisse, ut fructus quoque hypothecati sint, ex eo minime sequitur quod haec conventio fuerit necessaria; sed tantum ejus mentio fit, quia in casu Papiniano proposito contrahentes expresse id convenerant; est enim haec lex desumpta ex *libro responsorum* Papiniani; contrahentes autem plura quandoque exprimunt, quae, licet non exprimerentur, idem tamen jus esset.

§ IX.

An pecunia ex venditione rei hypothecatae redacta hypothecata est? Id quidem vult Huberus (*num.* 14 *h t.*), dicens utilem actionem hypothecarism pro ea dari. Sed id admittendum non est, nempe in nullo juris textu hoc dicitur, imo ratio juris non patitur ut haec pecunia hypothecata sit; non enim facit partem rei hypothecatae, nec ex re hypothecata redacta est; nam pretium, quod percipitur ex venditione alicujus rei, non provenit ex re vendita, sed ex negotiatione, seu contractu emptionis-venditionis; unde si quis meam rem vendat, pretium quod percipit non est meum, nec id per reivindicationem quasi dominus possum avocare. Adde *L.* 48 *ff. de furtis*. Non ergo est ratio quare in pecunia, quam quis ex venditione rei mihi hypothecatae percipit, hypothecam haberem, aut eam per reivindicationem avocare possem. Praeterea in *L.* 7 § 10 *ff. qui potiores in pignore etc.* aperte deciditur, quod si res empta sit ex pecunia mihi pignorata, illa tamen res propterea mihi pignorata non sit. Non debet ergo etiam ex venditione rei mihi hypothecatae redacta pecunia hypothecata mihi esse. Allegat Huberus *L.* 12 § 5 *ff. qui potiores in pignore*, ubi supponitur quod res aliqua Titio primum hypothecata esset pro certo

44

debito, deinde Maevio, et postea iterum Titio pro altero debito: Titius, eum sibi non solveretur, vendidit hypothecam. Decidit Papinianus quod possit ex pecunia, quam ab emptore accepit, retinere primum suum debitum tantum, ita ut superfluum secundo creditori Maevio restituat; ex quo infert Huberus, quod secundus creditor in illo superfluo hypothecam habeat; nempe, ait, prior creditor eum posteriore nihil inter se egerunt, sed uterque separatim eum debitore contraxit; sic secundus creditor nullam actionem personalem habere potest ad id superfluum petendum; restat ergo ut hoc petat actione aliqua reali, quae non potest esse alia quam utilis hypothecaria. Sed ex eo quod Papinianus dicat hoc superfluum restituendum esse, non sequitur quod ad id cogi possit per secundum creditorem actione hypothecaria; nempe hoc tantum vult Papinianus, quod non possit prior creditor plus retinere quam sibi ex primo debito debetur, seu quod superfluum non possit retinere; constat autem quod dum creditor ex venditione hypothecae plus recipit quam sibi debetur, debeat superfluum restituere debitori: itaque, dum Papinianus dicit, ut superfluum secundo restituat, non vult praecise dicere quod debeat restituere secundo, sed quod possit secundo restituere, loco quod restitueret debitori. Quod autem Papiniani mens non fuerit, secundum habere actionem aliquam, qua hoc superfluum a primo petat, patet ex *L.* 1 *ff. de distractione pignorum*, ubi idem Papinianus proponit quod is, qui bona fide putabat se hypothecam in re aliqua habere, eam tanquam creditor vendidisset: decidit quod alter creditor, qui revera hypothecam in illa re habet, nullam actionem habeat contra venditorem istius rei ad pretium quod percepit repetendum, sed quod possit agere actione hypothecaria contra emptorem istius rei; si ergo Papinianus in casu *L.* 12 § 5 vellet quod secundus creditor actionem aliquam haberet, qua repeteret superfluum, sibi ipsi contradiceret.

De *L.* 18 *ff. de pigneratitia actione*, ad quam etiam Huberus provocat, agetur postea. Caeterum, dum dicimus pretium ex venditione rei hypothecatae redactum non esse hypothecatum, loquimur de hypotheca speciali; nam si generalis hypotheca foret, pretium ex venditione alicujus rei redactum sine dubio hypothecatum foret, cum omnia bona, etiam futura, sub generali hypotheca contineantur, adeoque etiam hoc pretium non quidem quis ex venditione rei hypothecatae redactum est, sed quia incipit facere partem bonorum debitoris.

§ X.

Res hypothecata, sive generaliter, sive specialiter, transit cum isto onere hypothecae ad quemcumque possessorem; jus enim reale alicui rei semel impositum non extinguitur, propterea quod is, qui hoc jus reale dedit, dominium rei amittat, sed semel recte constitutum perdurat; nempe dominus rei post constitutionem hypothecae habet dominium suum isto onere vinculatum, adeoque non potest illud in alium transferre, nisi cum eodem onere quocum apud ipsum erat.

§ XI.

Excipiuntur tamen servi, quorum quidem manumissio nulla est, si specialiter hypothecati sint; valet tamen si sub generali hypotheca continentur, aut si simul cum invectis et illatis in praedium locatum pro mercede locationis hypothecati sunt (*L.*3 *cod. de servo pignori dato*, *L.* 9 *ff. in quib. caus. pignus etc.*); quod procul dubio favore libertatis statutum est, praecipue, cum per manumissionem servi sub hypotheca generali contenti, hypotheca tantum minuatur, non vero tota destruatur, uti contingeret, si servus specialiter hypothecatus manumitteretur. Alia exceptio est in taberna seu officina hypothecata, de qua in *L* 34 *ff. h. t.*; licet enim merces in ea contentae hypothecatae sint, si tamen vendantur, liberae transeunt ad emptores; ratio ejus non tam desumenda est ex favore commercii, quam ex natura negotii, nempe dum taberna alicui datur hypothecae, ille certo consentit ut merces in ea contentas debitor distrahat; merces enim non habentur ut serventur, sed ut distrahantur; idque est de essentia officinae, alias desineret esse officina. Jam autem quoties creditor consentit in alienationem rei hypothecatae, res ista transit libera ad emptorem; et sane, si merces non transirent liberae, nemo ex illa officina emere vellet, adeoque omnino dici debet creditorem consensisse, ut merces possint vendi sine ullo onere hypothecae, praecipue, cum satis ipsi consultum sit per merces novas quae subintrant, et si timeat ne suum non consequatur, potest percludere officinam, et ad ejus distractionem procedere, post quam perclusionem non amplius merces, quas debitor postea vendet, liberae transibunt.

§ XII.

Moribus non tantum merces, sed omnes res mobiles hypothecatae transeunt ad alios sine onere hypothecae; idque est quod dici solet *mobilia non habent sequelam*, ita ut res mobiles hypothecatae non diutius hypothecatae maneant, quam a debitore possidentur, et si ab eo alienatae sint, transeunt liberae ad emptorem vel alium, ut sic creditor nomine earum contra tertios possessores agere nequeat; quod receptum est ut consulatur tertiis possessoribus, qui saepe decepti essent, si res quas emerunt aut alio modo acquisiverunt, ab iis possent avocari, cum legitime ignorare possint eas hypothecatas esse: contra, dum agitur de rebus

immobilibus, possunt consulere libros publicos, ut videant an res quas emunt nemini hypothecatae sint; hodie enim non hypothecantur immobilia, nisi per realizationem coram judice loci factam.

§ XIII.

Ex jure pignoris et hypotheca oritur actio *hypothecaria, praetoria,* quae alio nomine *quasi Serviana* vocatur; cum enim jam introducta esset actio Serviana pro rebus a colono in praedium rusticum illatis, de quibus convenerat ut pignori essent pro mercede conductionis, postea ad exemplum hujus actionis dedit praetor actionem hypothecariam pro omnibus rebus hypothecatis et pigneratis (§ 7 *inst. de actionibus*): estque haec actio realis, utpote ex jure reali pignoris vel hypothecae orta, adeoque datur contra quemcumque rei possessorem, sive ipse debitor sit qui possidet, sive tertius aliquis quocumque titulo possideat; eaque mediante creditor rem ab eo avocat, si non solvatur ei debitum, pro quo res est obligata.

§ XIV.

Creditor hypothecarius duas actiones habet in securitatem sui crediti; unam personalem ex contractu quo debitorem sibi obligavit, haeque agit contra debitorem et ejus haeredes; alteram hypothecariam ex jure hypothecae contra quemcumque possessorem, ita ut tantum per hanc actionem hypothecariam ipse debitor possidens conveniri possit, eatenus tamen non convenitur tamquam debitor, sed tamquam possessor rei hypothecatae.

Quando autem possessor actione hypothecaria convenitur, electionem habet an velit rei hypothecatae cedere, an vero pretium solvere, pro quo res est hypothecata; quod faciendo, liberat se a restitutione rei; eo enim ipse quo creditori solvitur id, pro quo res obligata est, hypotheca extinguitur; sublato enim debito principali, et hypotheca, quae est accessoria, corruit, nec amplius interest creditoris rem avocare, cum ei satisfactum sit (*L.* 16 § 3 *ff. h. t.*). Hinc multi contendunt quod, dum hypothecaria agitur etiam contra tertium possessorem debeat agi alternative, nempe, ut, vel debitum solvat, vel rem hypothecatam restituat. Sed id dici non potest; et econtra dicendum quod debeat directe agi ad restitutionem ipsius rei; scilicet tertius possessor nullo modo obligatus est ad debitum, pro quo res hypothecata est; numquam enim contraxit cum creditore, nec ad id se obligavit; tota ratio qua conveniri possit, est quod possidet rem hypothecatam. Neq est ergo alternative obligatus ad rem restituendam, vel ad debitum solvendum, sed unice qua possessor tenetur rem restituere, quamvis verum sit quod hanc restitutionem evitare possit solvendo debitum; si ergo alternative obligatus non sit, non potest alternative conveniri. Cui accedit, quod per actiones reales numquam quis convenitur ad dandum vel solvendum, sed unice ad restituendum, sicque hypothecaria nullo modo tendere potest ad hoc, et possessor debitum solvere cogatur, nequidem alternative; multum enim interest, utrum dicamus possessorem alternative obligatum esse, an non; nam si foret alternative obligatus ad rem restituendam, vel ad debitum solvendum, sequeretur quod si res hypothecata periisset, nihilominus adhuc conveniri posset ad debitum solvendum, cum neterium sit debiterem alternativum per interitum unius ex rebus alternative debitis non liberari, sed tunc ad alteram teneri; ubi tamen certum est quod tertius, qui rem hypothecatam non amplius possidet, nec dolo malo possidere desiit, nullo modo amplius conveniri possit; nam unice tenetur tanquam possessor rei, adeoque ubi non amplius possidet, amplius conveniri nequit.

§ XV.

Interest tamen an agatur hypothecaria contra ipsum debitorem hypothecam possidentem, an contra tertium possessorem; nempe, dum ipse debitor hypothecam possidet, creditor eligere potest an ipsum conveniat actione personali ex contractu, an hypothecaria; ubi autem extraneus possidet, non aliter potest agere contra ipsum hypothecaria, quam si prius egerit contra debitorem ejusque fidejussores actione personali, ejusque et fidejussorum bona sint excussa, ita ut tertius hypothecae possessor habeat beneficium ordinis, juxta *Nov.* 4 *cap.* 2, ubi Justinianus id noviter introduxit; antea enim poterat creditor eligere utrum prius ageret contra debitorem, an contra possessorem (*L.* 24, *et* 14 *cod. h. t.*), modo tamen prius admonuisset debitorem (*L.* 10 *cod. h. t.*). Et sane maxima erat aequitas dandi hoc beneficium possessori, qui nullo modo ad hoc debitum obligatus est, ubi debitor, ejusve fidejussores ad illud se obligaverat; unde, cum beneficium ordinis fidejussoribus datum esset, qui tamen ad debitum rei principalis se obligaverant, aequitas a fortiori postulabat, ut idem possessoribus rerum hypothecatarum daretur. Hoc beneficium ordinis tertiis possessoribus rerum sub generali hypotheca contentarum competere omnes agnoscunt; sed multi hoc negant de possessore rei specialiter hypothecatae, inter quos Voetius et Huberus. Verius tamen videtur et illi hoc beneficium competere, eadem enim aequitas pro illo facit; et certe *Nov.* 4 *cap.* 2 nullam distinctionem facit inter eum qui rem specialiter hypothecatam, et eum qui ex hypotheca generali aliquid possidet. Id fatentur etiam adversarii, sed volunt beneficium ordinis ademptum esse possessori rei specialiter hypothecatae per *Nov.*

Digitized by Google

112 *cap.* 1 *versu ab hoc autem*, ubi imperator distinctionem facit inter generalem et specialem hypothecam, statuens ut possessor rei specialiter hypothecatae statim conveniri possit. Verum videtur, quod in toto *cap.* 1 illius *Nov.* tractet imperator de rebus litigiosis earumque alienatione, ut ex inscriptione et praefatione *Novellae* constat; nempe, cum regula sit, res litigiosas alienari non posse, imperator primo decidit quaenam res sint litigiosae, deinde enumerat aliquas alienationes licitas, tum addit, *ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus*, facitque tunc distinctionem inter generalem et specialem hypothecam; excipit ergo alienationem rei hypothecatae a regula de litigiosis, sicque tractat de rebus hypothecatis litigiosis, seu de quibus actio hypothecaria jam inde erat instituta; alias ridiculum foret res hypothecatas a regula de litigiosis excipere, si ipsae non supponantur esse litigiosae; distinctio, quam imperator in illis verbis facit inter res specialiter et generaliter obligatas, unice spectat ad casum, ubi res hypothecatae a debitore venditae sunt, postquam ei jam lis intentata fuisset per actionem hypothecariam, non vero generaliter ad omnem casum, ubi debitor rem hypothecatam vendidit.

Itaque juxta illam *Nov.*, si debitor, postquam conventus fuit actione hypothecaria, pendente lite alienet rem hypothecatam, siquidem illa specialiter hypothecata sit, poterit possessor statim conveniri, nisi debitor ex nummis ex venditione redactis satisfaciat creditori: quod si generaliter tantum res hypothecata sit, competit emptori beneficium ordinis. Si vero agatur de hypotheca non litigiosa, de hoc casu imperator in *Nov.* non loquitur; itaque hic casus decidendus est ex *Nov.* 4 *cap.* 2, juxta quod competit possessori beneficium ordinis, sine distinctione inter generalem et specialem hypothecam.

§ XVI.

Quoad actionem hypothecariam etiam notandum quod dici solet, *pignoris causam esse individuam* (*L.* 65 *ff. de evict.*), id est, pignus seu hypothecam pro nulla parte liberari, quamdiu aliqua pars debiti, pro quo obligata est, solvenda est, seu, quod res hypothecata sit pro toto debito, et pro qualibet ejus parte: sic si res mihi hypothecata sit pro 1000, licet 500 solvantur, res tamen pro nulla parte liberatur, sed tota hypothecata manet, donec alia 500 tota solvantur: sic etiam, si in casu quo res mihi hypothecata est pro 1000, moriar relictis duobus heredibus, quorum cuique jam debentur 500, fundus ille totus primo heredi meo erit obligatus pro 500 ipsi debitis, item totus erit hypothecatus secundo pro 500 ei debitis (*L.* 1 *cod. si unus ex plurib. hered.*): viceversa, si debitor moriatur, duobus relictis heredibus, obligatio quidem ad 1000 inter ipsos dividetur, ita ut quisque 500 debeat; res etiam hypothecata inter ipsos dividitur, ut quisque in ea dominium habeat pro medietate; caeterum medietas cujusque non tantum hypothecata est pro 500, quae ipse debet, sed etiam pro aliis 500, quae coheres ejus debet; hinc si unus 500 solvat, licet solvat totum quod debet, totus tamen fundus, et pars illius qui solvit manet obligatus pro 500 a coherede debitis, quae si non solvantur, poterit creditor per actionem hypothecariam totum fundum avocare, etiam partem ejus qui solvit; si ergo unus velit suam partem liberam habere, non tantum 500, quae ipse debet, sed etiam 500, quae debentur ab ejus coherede, solvere debet, et tunc 500, quae pro coherede solvit, repetere.

Itaque hic non est quaestio, an ipsa actio hypothecaria sit dividua, an individua, seu an detur contra heredes debitoris in solidum, an vero pro parte hereditaria; nam actiones reales non dantur contra heredes qua heredes, sed unice qua possessores; ita ut si non possideant, conveniri nequeant, et si unus totum possideat, conveniatur ad totum; si partem, ad eam partem quam possidet, seu semper ad totum id quod possidet. Itaque si unus heredum totam rem hypothecatam possideat, actio hypothecaria contra ipsum datur ad totam rem avocandam, licet ipse partem suam debiti solverit, si partem tantum possideat, etiam pro illa parte tantum hypothecaria potest conveniri.

§ XVII.

Altera pars hujus tituli est de pactis, quae pignoribus et hypothecis quandoque adjiciuntur, inter quae alia sunt illicita, alia licita, quae nempe nullam continent iniquitatem, nec bonis moribus aut legibus sunt adversa. Imprimis in pignoribus et hypothecis prohibitum est pactum *legis commissoriae* per Constantinum in *L. ult. cod. de pactis pign. etc.*: tale autem pactum est, quando inter creditorem et debitorem convenit ut, si debitum intra certum tempus non solvatur, liceat creditori pignus vel hypothecam retinere loco debiti; id ergo pactum nullius voluit esse momenti Constantinus, ita ut, eo non obstante, possit debitor pignus suum vel hypothecam semper repetere a creditore, si paratus sit debitum solvere. Ratio prohibitionis est, quod debitores talia pacta inviti quodammodo ineant; dum enim pecunia quis indiget, facile in hoc pactum consentit, videns quod forte creditor non alias, quam sub hoc pacto credere vellet, et sperans se ante tempus statutum pecunias habiturum, quibus solvat, alias non initurus hoc pactum, si praevideret se intra tempus statutum non posse solvere; unde, cum talia pacta nimia facilitate inirentur, et sic debitores privarentur re-

bus suis hypothecatis, ordinarie pluris valentibus quam debitum pro quo obligatae sunt, merito pacta illa fuerunt prohibita. Hinc simul patet ratio, quare hoc pactum in emptione-venditione sit licitum; nempe in emptione nullam iniquitatem continet hoc pactum; per illud enim, si pretium intra suum tempus non solvat emptor, res ad venditorem, seu pristinum suum dominum revertitur. Praeterea emptores libere ad emptionem-venditionem accedunt, et imputare sibi debent quod tale pactum adjecerint; sed in hypothecis, res mediante hoc pacto abita suo domino cum magna ejus jactura, et debitores saepe angustia rei familiaris premente coguntur talia pacta inire.

§ XVIII.

Ex dictis etiam patet, quod pactum legis commissoriae semper concipiatur in futurum, nimirum ut, si debitum intra certum tempus non solvatur, creditor pignus pro debito teneat; hinc non est prohibitum pactum quod in praesenti concipitur, ut res pro debito cedat: sic, si hypothecam habeas in re mea pro 1000 quae tibi debeo, possumus convenire ut rem hypothecatam pro illis 1000 retineas, quo casu emptio-venditio contracta videtur, fisque dominus rei, et debitum extinguitur (*L.* 13 *cod. h. t.*, *L.* 34 *ff. de pign. act.*); nempe, dum in futurum concipitur pactum, debitor maxime laeditur, et invitus in id consentit, spe recipiendi pecuniam, qua liberet hypothecam; sed dum in praesenti concipimus ut hypothecam pro debito retineas, spontanee id facit debitor, nulla enim necessitate ad id cogebatur; poterat enim, si vellet habere pecuniam ad solvendum, vendere hypothecam, et ex pretio creditori satisfacere; quod cum non fecerit, sed maluerit eam creditori solvere pro debito, non habet quod conqueratur. Sic etiam valet pactum, licet in futurum conceptum, ut, si debitor intra certum tempus non solvat, creditor hypothecam retineat pro pretio, quo res tunc aestimabitur (*L.* 16 § *ult. ff. h. t.*); quo casu reddere cogitur creditor id quod res ultra debitum fuit aestimata, adeoque per hoc pactum non laeditur, ut dum simpliciter convenit, ut res pro debito cedat, si intra certum tempus non solvatur; plerumque enim contingit ut hypotheca multo pluris valeat quam debitum, nec alias hypothecas admittere solemus.

De hoc casu, ubi convenit ut res cederet pro pretio tunc aestimando, accipienda est *L. ult. ff. de contr. empt. vend.*, ubi supponitur quod hypothecam et fidejussorem dederim pro debito meo, et convenerim ut, si intra certum tempus non solvero, fidejussor solveret, et hypothecam reciperet, vel si non placeat legem de illo casu accipere, dicendum quod tempore Scaevolae, cujus est ista lex, nondum prohibitum esset pactum legis commissoriae, adeoque legem istam abrogatam esse per *L. ult. cod. de pact. pign.*

§ XIX.

Quid de pacto ne creditor pignus vendere possit? Hoc pactum est contra essentiam pignoris et hypothecae; finis enim et scopus contrahentium dum pignus dant, est securitas creditoris; nullam vero securitatem haberet creditor, si non liceret ei pignus vendere, casu quo ei non solvatur; jam autem substantia cujusque negotii desumenda est ex fine et scopo contrahentium; si itaque hoc pactum sit contra substantiam negotii, juxta communes juris regulas deberet constitutio pignoris vel hypothecae, mediante hoc pacto facta, nulla esse; regula enim est, quod pacta, quae destruunt naturam contractus, reddant contractum nullum, vel eum faciant transire in aliam speciem contractus, si possit: placuit tamen ut pignus vel hypotheca, non obstante hoc pacto, valeret, idque favore contrahentium, qui postulat ut hypotheca valeat potius quam non, cum utriusque intersit eam valere.

Praeterea, cum per hoc pactum debitor ostenderit sollicitudinem suam, ut pignus non facile distraheretur, et in hoc consenserit creditor, non tantum placuit ut pignus valeret, sed ulterius ut pactum aliquem effectum haberet, id postulante voluntate contrahentium; nempe statutum fuit, ut difficilius possit creditor pignus distrahere, quam si hoc pactum adjectum non esset; seu, ut trina interpellatione opus esset, ubi alias una ad distractionem sufficit (*L.* 4 *ff. de pign. act.*).

§ XX.

Quid juris de pacto ne debitori liceat pignus vel hypothecam vendere? Certe si debitor non obstante hoc pacto vendiderit, poterit creditor contra eum agere, si ejus intersit pignus alteri venditum esse, v. g. quod in potentiorem adversarium id transtulerit debitor. Imo jure novo semper aliquid interest creditoris ne pignus vendatur, quatenus tertius possessor jure novo habet beneficium ordinis, quod beneficium non habet ipse debitor, si pignus possideat.

Itaque si debitor post hoc pactum vendiderit rem hypothecatam alteri, non est dubium quin conveniri possit ad id quod interest creditoris hoc non esse factum, et eatenus hoc pactum valet; sed quaeritur, quid si debitor, non obstante hoc pacto, rem alteri vendat, an valeat venditio, et an dominium transferat in emptorem? Multi volunt nullam esse venditionem, nec dominium transferri, ita ut, secundum illos, hoc pactum reddat venditionem nullam, impediatque dominii translationem. Sed omnino putamus valere venditionem, et domi-

Digitized by Google

nium transferri, non obstante hoc pacto; nempe habilitas vel inhabilitas contrahendi est juris publici, imo ad contrahendum omnes sunt habiles, nisi illi quibus leges commercium interdixerunt; illa autem quae sunt juris publici pactis privatorum immutari non possunt; itaque qui per leges habilis est ad contrahendum, potest quidem abstinere se a contrahendo, sed non potest ad id se inhabilem reddere; eodem modo, ut de testamento dici solet, quod nemo possit sibi eam legem facere ut testamentum non faciat, nam, eo non obstante, semper valebit ejus testamentum. Itaque, non obstante quod debitor se obligaverit ad non vendendam rem hypothecatam, per hoc tamen pactum non reddidit, imo non potuit se reddere inhabilem ad vendendum, sicque, si vendat, venditio valet; et certe, si valeat venditio rei alienae, a fortiori valere debet venditio rei sub hoc pacto hypothecatae; nam non obstante hoc pacto, mansit dominus illius rei, sicque certe plus juris in ea habet, quam in re aliena. Ex quo ulterius sequitur quod, non obstante hoc pacto, etiam dominium rei in emptorem transeat, nam, non obstante hoc pacto, mansit dominus rei; dominus autem non potest se reddere inhabilem ad dominium transferendum, cum, ut diximus, jus publicum non dependeat a pactis privatorum, potestas autem transferendi dominii sit juris publici, ita ut sola lex possit nos ad id reddere inhabiles.

Non obstat quod si minores alienent res suas immobiles, illa alienatio sit nulla, idque quia prohibita est; lex enim potest dominos reddere inhabiles ad dominium transferendum, prout in casu fecit; sed in nostro casu prohibita tantum fuit alienatio per pactum a privatis initum; privatus autem nec se, nec alium potest reddere inhabilem ad contrahendum, vel ad dominium transferendum. Non obstet etiam quod, dum testator gravat heredem suum fideicommisso, heres non possit alienare, nam testamentis eadem fere vis data fuit ac legi; itaque, sicut lex potest reddere aliquem inhabilem ad dominium transferendum, ita etiam permissum fuit ut testetor id posset, sed pacto nunquam ea vis fuit data, ut dominum posset reddere inhabilem ad rem suam vendendam, aut dominium transferendum.

Obstare fortiter videtur *L.* 7 § 2 *ff. de distract. pign.*, ubi haec leguntur: *quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus posita sit, ideoque venire possit? et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* Itaque videtur evidenter J. C. decidere venditionem contra hoc pactum factam nullam esse. Plures, ut ab hac difficultate se expediant, transponunt verba legis, nempe dicunt ita legendum esse: *at certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.* Sed illa transpositio nulla nititur auctoritate: omnia exemplaria, etiam Florentinum ipsum, habent *et certum est nullam esse venditionem.* Itaque dicimus imprimis, quod J. C. noluerit decidere venditionem contra hoc pactum factam esse nullam, loquitur enim tanquam de re certa, *et certum est:* jam autem si voluisset decidere eam esse nullam, certe eam decisionem nobis non obtrusisset tanquam certam; sunt enim maximae rationes dubitandi, et contrarium decidendi, ut vidimus: itaque tunc non ita locutus fuisset, sed dixisset id receptum esse, vel id defendi posse. Dicimus ergo, quod particula *ut* ibi significet *qua*, seu *per quam*, ut saepe in jure sumitur, ita ut illa verba *et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur*, significent, quod certum sit nullam esse venditionem, sive non esse ullam venditionem, per quam stetur pacto, seu, quod per omnem venditionem, quam debitor faciet, contravenietur pacto edjecto; adeoque juxta illum sensum, J. C. decidit eam venditionem, quam debitor faciet, esse validam, cum dicat per eam pacto contraveniri, quod non fieret, si nulla esset.

§ XXI.

Aliud pactum, quod quandoque pignoribus adjicitur, est pactum *antychreseos*, quando nempe convenit ut creditor possit percipere fructus ex re pignorata, eosque sibi retinere loco usurarum, quas alioquin debitor ipsi dare deberet ex pecunia debita. Scilicet, cum apud Romanos usurae forent permissae, raro solebant credi pecuniae gratuito, sed semper adjici solebat ut debitor usuras praestaret, vel conveniebat inter eos ut debitor aliquam rem frugiferam creditori daret in pignus, ex qua fructus perciperet, donec debitum ipsi solveretur, idque loco usurarum, quod vocatur *antychresis*, seu *antychreseos pactum* (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*). Imo, licet regula sit creditorem nullum lucrum ex pignore facere posse, cum pignus non detur ei ad lucrum, sed ad securitatem, adeoque eum, fructus quos percipit, debere restituere debitori, vel imputare in summam debitam (*L.* 1, 2 et 3 *cod. de pign. act.*); videtur tamen quod, si quis alteri pecuniam mutuam det, nec loquatur de usuris, et debitor ei det rem frugiferam pignori, possit creditor fructus percipere, et retinere pro usuris, licet de eo nihil sit dictum; ita tamen, ut id quod retinet, non excedat legitimum usurarum modum (*L.* 8 *ff. in quib. caus. pign. etc.*); nempe, cum raro solebant pecuniae gratuito dari, licet in casu nihil sit dictum, videntur tamen contrahentes tacite pacti, ut creditor fructus pro usuris retineret, haecque est antychresis, quam *tacitam* vocant interpretes, quamvis multi eam negent, et *d. L.* 8 aliter explicent, inter quos est Vinnius (*lib.* 2, *cap.* 7 in *quaestionibus selectis*).

Caeterum potest etiam antychresis contrahi sine pignore, ut creditor fructus ex ea re percipiat loco usurarum, absque eo tamen, quod ista res ei pignori sit, quo casu est contractus innominatus inter debitorem et creditorem, ut nempe creditor det debitori pecuniam, et vicissim debitor det ei usum sui fundi, adeoque, ubi hic usus non praestabitur, erit creditori actio in factum, seu praescriptis verbis contra debitorem, et de hoc casu accipi potest *L.* 11 § 1 *ff. h. t.*

Cum in antychresi fructus percipiantur a creditore loco usurarum, et usurae jure canonico et moribus sint prohibitae, sequitur hoc pactum eodem jure prohibitum esse tanquam usurarium (*cap.* 1 et 2 *x. de usuris*). Leguntur tamen duo casus excepti; primus in *cap.* 1 *x. de feudis*, ubi dicitur, quod si vasallus domino directo feudum, quod ab eo tenet, pignori dederit, possit conveniri ut fructus interea directus dominus percipiat; nempe vasallus ratione fundi ad certa servitia domino tenetur, ab illis autem servitiis liberatur, quando ipse dominus directus percipit fructus, adeoque compensantur hic fructus cum servitiis a vasallo debitis: cui accedit, quod dominus directus ex re sua quodammodo potius, quam ex aliena fructus percipiat. Alter casus est in *cap.* 16 *x. de usuris*, ubi dicitur quod, si quis genero suo certam summam in dotem promiserit, eique rem pignori dederit, possit conveniri ut gener fructus percipiat ex ea, donec dos ei soluta sit; etenim maritus in casu illos fructus percipit ad sustinenda onera matrimonii, adeoque habet justum titulum ad usuras percipiendas dotis promissae; usura enim tunc tantum est prohibita, quando exigitur ob merum usum pecuniae, non vero quando adest titulus vel lucri cessantis, vel damni emergentis.

TITULUS II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR.

§ I.

Praecedenti titulo vidimus de pignoribus et hypothecis, quae expressa partium conventione constituuntur. Hic agitur de casibus, ubi quis tacitam hypothecam habet, maxime de hypothecis legalibus, quae hic sub nomine tacitarum hypothecarum etiam veniunt; plerisque enim hypothecis, quae a legibus conceduntur, contrahentes per contrariam conventionem derogare possunt, quod dum non fecerunt, censentur se conformasse dispositioni legum, seu tacite consensisse in hypothecam quam leges tribuunt, adeoque hoc consensu hypothecae legales possunt dici tacitae, ut ita dici possit alias hypothecas tacitas esse *conventionales*, quae ex tacita conventione oriuntur, alias *legales*, quae a legibus tribuuntur.

Exemplum conventionalis tacitae, in quo quis tacite censetur consensisse in pignorationem rei suae, est, quando quis rem meam pignori obligat, et ego instrumento pignorationis subscribo, sciens quid in eo contineatur (*L.* 26 § 1 *ff. de pign. et hyp.*); nempe non poterat quidem alter rem meam pignori obligare, sed subscribendo consensisse videor ut res obligata sit, licet expresse hoc non dixerim; solus autem consensus sufficit ut res mea obligata sit, consensus tacitus aeque efficax est ac expressus. Aliud exemplum est in *L.* 5 § 2 *ff. h. t.*, ubi aliquis pro debito suo rem meam obligat, ego hoc sciens pro eodem debito apud creditorem fidejubeo; ait J. C. quod censear tacite mandasse, seu consensisse ut mea res obligata sit. Itaque pignus ab initio nullum, accedente consensu meo convalescit, hicque consensus eruitur ex eo, quod pro illo debito fidejusserim, quodque sciens rem meam pignori esse datam non contradixerim. Aliud esset, juxta J. C. in *d. L.*, si, postquam fidejussissem, debitor rem meam pignori supponeret; eum enim eo tempore, quo fidejussi, nondum hoc factum esset, non possum dici fidejubendo in id consensisse, cum postea nullum novum factum amplius ponam, ex quo consensus meus possit erui. Aliud iterum exemplum est in *L.* 3 § 2 *ff. qui pot. in pignore*, ubi convenerat ut, si obligationi intra certum tempus non satisfecisses, liceret mihi rem tuam vendere: dicit J. C. quod censearis mihi hy-

pothecam in ea re dedisse, licet nullam mentionem de hypotheca feceris, sed tantum de facultate vendendi.

§ II.

Nunc de legalibus hypothecis. Harum quaedam sunt *speciales*, quaedam *generales*. De illis jam videamus. Imprimis leges hypothecam dant ei, qui pecuniam credidit ad domum reficiendam, qua de re S. C. factum est sub divo Marco, quo statutum ut talis creditor in domo refecta haberet hypothecam (*L.* 1 *ff. h. t*). Quod procul dubio statutum fuit, ut invitarentur homines ad pecunias in hos usus eredendas; publice enim interest domos refici, praecipue ad conservandum decorem et pulchrum urbis aspectum, cujus favore tam multa apud Romanos singulariter fuerunt statuta. Cum autem leges de pecunia tantum eredita loquantur, verius est quod is, qui caementa eredidit, et operarii promercede sua in domo refecta non habeant hypothecam; hypotheca enim legalis nemini competit, nisi cui lex nominatim dat: cui aecedit quod difficilius sit reperire qui pecuniam credat, quam fabros qui operas et caementa subministrent. Illi enim, etsi pecunia parata non eis solvatur, ea tamen subministrare solent spe solutionis brevi secuturae, unde plus alliciendi erant homines, ut pecuniam in refectionem crederent, quod leges fecerunt eis dando hypothecam.

§ III.

Sic etiam hypothecam non habent qui pecuniam credunt ad solvendas impensas pro refectione jam inde facta; eum enim jam inde refecta est domus, publica utilitas non amplius exigit, ut quid in eam eredatur. Ut autem creditor, qui in refectionem domus credidit, in ea hypothecam habeat, non sufficit quod erediderit, sed ulterius debet pecunia in refectionem revera fuisse impensa, licet rigorosa probatio a creditore exigenda non sit, sed sufficit, modo probet pecuniam in illum usum fuisse acceptam, domumque tunc temporis in eo statu fuisse, ut refici deberet, et postea revera statim fuisse refectam; alias, si probari deberet eam revera in eam refectionem versam esse, homines potius averterentur a pecuniis in eum usum eredendis, quam invitarentur; hucque facit arg. *L. ult. ff. de exercit. act.*

§ IV.

An is, qui ad navem armandam vel reficiendam credidit, in ea hypothecam habet? ℟. Negative; nam de solius domus refectione leges loquuntur, nullibique id de navi dicunt: nulla autem hypotheca legalis admittenda est, quam quae a legibus nominatim tribuitur. Nec dicat quis, quod publica utilitas eadem sit quae in domo; ratio enim publici aspectus, cujus favore multa singularia pro domibus sunt statuta, non est eadem pro navibus, et licet naves commercio, adeoque publicae utilitati multum conducant, negotium tamen maritimum, quod apud Romanos unice fere in re frumentaria consistebat, non videbatur tantum, ut hoc privilegium ad naves extendere visum fuerit.

Non obstant *L.* 26 *et* 34 *ff. de bonis auctoritate jud. poss.*, ubi dicitur quod, qui in navem extruendam, instruendam, vel emendam credidit, privilegium habeat; nam nec ibi, nec sub toto *titulo* quaestio est de pignore vel hypotheca, sed ibi enarratur quinam creditores privilegium personale habeant exigendi debitum suum ante alios creditores, si bona debitoris vendenda sint, et ex eorum pretio solvendum, seu ibi non quaeritur de creditoribus hypothecas habentibus, sed de creditoribus chirographariis, seu de iis, quibus pecunia debetur sine hypotheca, ita ut per privilegium ibi intelligatur praeferentia inter alios; plures autem talo privilegium habent, qui tamen hypothecam legalem non habent.

Obj. *L.* 5 *et* 6 *ff. qui pot. in pign.*, ubi dicitur quod, qui in aliquam rem conservandam, v. g. in navem armandam vel reficiendam credidit, praefertur aliis creditoribus in eadem re hypothecam habentibus, addita ratione, quod ejus pecunia pignus aliorum salvum fecit; atqui tamen nemo in hypotheca aliis praefertur, nisi ipse in ea re hypothecam habeat; sic illa lex videtur tribuere hypothecam ei, qui in navem reficiendam credit. ℟. quod in illa lege non quaeratur quis hypothecam habeat vel non, sed tantum quaeritur, quis potior sit inter eos, qui in eadem re hypothecam habent; seu, in supposito quod plures in eadem re hypothecam habeant, quaeritur quis inter illos sit potior; sicque dum J. C. dicit eum, qui in navim reficiendam credidit esse potiorem, tantum decidit eum, in supposito quod hypothecam habent, in ea esse potiorem; an autem, et quando habeat, non decidit; dicimus autem quod tunc tantum habeat, quando de ea specialiter convenit, quo casu, juxta illam legem, praefertur aliis in eadem navi hypothecam habentibus, licet ante eum hypothecam acceperint. Idem respondetur ad *Nov.* 97 *cap.* 3.

§ V.

Praeterea hypothecam legalem etiam non habet qui credit ad aedificationem novae domus in loco, in quo antea domus non fuerat; nam leges de refectione tantum loquuntur, nec idem favor publicus est pro aedificatione novarum domuum, qui pro refectione veterum. Ulterius si ex nummis meis, aut ex nummis a me mutuo acceptis, domum aut aliam rem quis emat, in ea re hypothecam non ha-

Digitized by Google

beo, licet nominatim pecuniam ad emendum eredidissem, nisi specialiter convenerim, ut res mihi hypothecata foret, nulla enim lex hypothecam in hoc casu concessit; econtra satis insinuatur contrarium in *L.* 17 *cod. de pign. et hyp.*, *et L.* 7 *cod. qui pot. in pign.*

§ VI.

Altera species hypothecae legalis specialis est, quam habet locator in invectis et illatis ab inquilino in praedium urbanum pro securitate pensionis; item quam habet locator praedii rustici in fructibus istius praedii.

Haec hypotheca per legem aliquam non est expresse inducta; sed, cum moris esset apud Romanos ut inquilinus, dum domum conducebat, obligaret invecta sua et illata, item ut colonus obligaret fructus, ut constat ex *L.* 61 § 8 *ff. de furtis*, generali tandem consuetudine receptum ut illa hypotheca obtineret, licet nihil dictum fuisset, ita ut hypotheca haec per consuetudinem fuerit introducta, quae, cum vim legis habeat, merito haec hypoca inter legales refertur: nempe quod hypotheca illa inter conventionales tacitas proprie referri non possit, patet ex eo, quod ut possit dici conventio tacita, debeat illa erui ex facto aliquo, ex quo evidenter consensus sequatur; jam autem ex solo facto locationis conductionis non potest erui consensus de obligandis aliquibus rebus pro pensione locationis, nihil enim implicaret quominus sit locatio-conductio sine hypotheca; nec etiam illud pactum potest erui ex eo, quod conductor aliqua intulerit in praedium conductum; ea enim pro suo usu intulit, ita ut ex illa illatione non sequatur, quod voluerit ea obligare, nec etiam quod locator voluerit ea sibi obligata habere. Praeterea Justinianus in *L. ult. cod. h t.* statuit, ut hypotheca in invectis et illatis non tantum locum haberet in utraque Roma, seu Romae et Constantinopoli, sed etiam in provinciis: jam autem si illa hypotheca ex tacita conventione oriretur, certo illa conventio non minus colligi debuisset ex facto locationis conductionis, quae in provinciis fiebat, quam quae Romae; adeoque imperator non debuisset statuere, ut idem foret in provinciis, nam independenter ab ista constitutione, hoc ubique obtinuisset.

Obj. quod in *L* 3 *et* 4 *ff h. t.*, *et L.* 4 *de pactis* dicatur *invecta et illata pignori esse*, *quasi id tacite convenerit*, sic leges istae videntur adscribere hanc hypothecam tacitae conventioni. Sed respondetur, quod adscribant hanc hypothecam tacitae conventioni hoc sensu, quod, cum moris esset illam in contractu locationis adjicere, et cum ita tandem talis consuetudo invaluerit, contrahentes, dum illi consuetudini non contradicunt, censeantur eidem tacite se conformare, seu tacite convenire, ut res illae hypothecatae sint conformiter ad illam consuetudinem; sicque patet quod illa tacita conventio praesupponat consuetudinem, adeo ut fundamentum istius tacitae conventionis sit ipsa consuetudo, seu lex, ut ita potius legi quam conventioni haec hypotheca sit adscribenda. Ex quo sequitur quod, si pupillus vel minor in domum conductam aliqua intulerit sine auctoritate tutoris vel curatoris, haec tamen sint obligata pro mercede conductionis, modo locatio conductio sit inita auctoritate tutoris; nempe pupilli non possunt quidem nec se, nec res suas obligare; sed hic agitur de hypotheca legali, ita ut non pupillus ipse, sed potius lex rebus ejus hypothecam imponat.

§ VII.

Diximus invecta et illata ab inquilino in praedium urbanum esse pignorata pro pensione locationis. Aliud est in praedio rustico; invecta enim et illata ibi hypothecata non sunt, nisi expresse convenerit ut pignorarentur; nempe, cum in praediis rusticis placuerit, ut fructus hypothecati essent pro pensione (*L.* 7 *ff. h. t.*), videbatur satis consultum locatori per hanc hypothecam, absque eo quod nova hypotheca in invectis et illatis ipsi daretur. Id evidenter probatur ex *L.* 4 *ff. h t.* ubi, postquam J. C. dixerat invecta et illata in praedium urbanum esse tacite pignorata, addit *in praediis rusticis contra observatur*; idemque colligitur ex *L.* 3 *et* 4 § 1 *ff. h. t.*

Obj. *L.* 5 *cod. de conducto locato*, ubi dicitur: *certi juris esse quod ea*, *quae voluntate dominorum*, *coloni in fundum conductum inferunt*, *pignoris jure teneantur*, *in domibus autem non esse necessariam scientiam domini;* itaque, juxta illam legem, non requiritur conventio ut illata in praedium rusticum obligata sint, sed sufficit inducta esse voluntate domini. R/. quod ibi per voluntatem intelligatur voluntas expressa, quae voluntas expressa ibi significat conventionem, ita ut sensus sit quod ea, quae inducuntur in praedium rusticum, obligata sint, si voluntate seu expressa conventione dominorum illata sint, ut pignori essent, et ita vox *voluntas* sumitur in *L.* 5 § 1 *ff. h. t*, item *L.* 12 § 4 *qui potiores in pignore*, ubi clarum est quod per *voluntatem* intelligatur conventio; et quod additur, *in domibus non esse necessariam scientiam*, non denotat quod antea per *voluntatem* tantum intelligeretur scientia, sed sensus est in domibus nequidem scientiam requiri, et, ut sic omnia interpretemur, suadet quod illa lex sit rescriptum, et non sit probabile quod, si imperatores aliter intellexissent, dixissent *certi juris esse*.

Inst. Sed tunc casus propositus erat clarus. R/. Quandoque etiam clara ab imperatoribus petuntur, et ideo hic ajunt *certi juris est etc.*

Non obstat § 7 *inst. de act.*; nam ibi imperator non decidit quod invecta in praedium rusticum

obligata sunt, sed tantum, quod pro illis invectis, quae obligata sunt, nimirum per expressam conventionem, detur actio Serviana: caeterum, si ponamus tale praedium rusticum, quod fructus non producit, hoc casu invecta et illata pro pensione conductionis obligata erunt, ut de horreo locato, stabulo etc. deciditur in *L.* 3 *et L.* 4 § 1 *ff. h. t.*

§ VIII.

Haec autem hypotheca in invectis et illatis non solum durat quamdiu invecta et illata in domo remanent, ut contendit Huberus, sed etiam si alienentur a conductore, manent obligata jure Romano; nam regula est quod hypotheca vel pignus non extinguatur per alienationem a debitore factam, sed quod res transeat cum isto onere ad quemcumque possessorem, sine distinctione an res illa specialiter obligata sit, an vero contineatur in vinculo rerum sub generali hypotheca contentarum. Est quidem exceptio in officina hypothecata, item in servis sub generali hypotheca, aut sub hypotheca invectorum et illatorum comprehensis quoad manumissionem, ut vidimus; sed illud extendi non potest ad alios casus, cum nulla sit lex, quae dicat invecta et illata, si alienata sint a conductore, fieri libera. Caeterum sententia Huberi, qui dicit invecta et illata transire libere ad tertium possessorem, si conductor ea alienaverit antequam domus percluderetur, seu, ut hodie loquimur, antequam arrestum ei injiceretur, quamvis de jure Romano falsa sit, est tamen conformis moribus nostris, juxta quos *mobilia non habent sequelam*, seu transeunt libera ad quemcumque possessorem, ita ut non diutius sint hypothecata, quam possidentur a conductore, idque, sive specialiter hypothecata sint, sive sub generali hypotheca fuerint comprehensa.

§ IX.

Quid si inquilinus domum, vel partem domus sublocaverit? Invecta et illata a secundo conductore non tantum erunt hypothecata primo conductori, sed etiam primo locatori, seu domino aedium. Imprimis neminem movere debet, quod duobus ea obligata sint, nam, quamvis duobus obligata sint, sunt tamen illis obligata pro eadem summa; unde unica solutione secundus conductor sua invecta et illata liberabit tam a primo conductore, quam a primo locatore. Quod autem invecta et illata secundi conductoris non tantum sint obligata primo conductori, sed etiam primo locatori, probatur ex *L.* 11 § 5 *ff. de pign. act.*, ubi J. C., postquam dixerat pignus liberari, sive ipsi conductori, sive alteri ex ejus voluntate debitum solvatur, pergit ad casum, ubi conductor partem domus sublocaverat, aitque quod sive secundus conductor solvat priori conductori, sive priori locatori, sive partem pensionis uni, partem alteri, invecta et illata ejus liberentur, posse itque pignoratitia directa agere, si ei non reddantur invecta et illata; tunc addit: *plane in eam dumtaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi; non enim credibile est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur.* Quibus verbis admonet J. C. invecta a secundo conductore tantum esse obligata pro pensione, pro qua ipse partem conduxit, non vero pro tota pensione, pro qua primus conductor domum conduxit; ex quo evidenter patet J. C. putasse invecta a secundo conductore esse etiam obligata primo locatori; si enim putasset ea esse tantum obligata primo conductori, ridiculum fuisset monere ea tantum obligata esse pro pensione secundae conductionis, nam nullus de eo dubitare poterat; nihil enim plus debebatur primo conductori quam illa pensio. Patet ergo quod J. C. voluerit decidere invecta a secundo conductore esse obligata pro pensione secundae conductionis, non tantum primo conductori, sed etiam primo locatori. Idem probatur ex *L.* 5 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod si conductor gratuitam habitationem domus mihi praestet, invecta mea et illata non sint obligata domino domus; ex quo a contrario sensu infertur aliud dicendum esse, si non gratuitam habitationem conductor mihi praestet, sed eam mihi sublocet.

Obj. quod pignus non possit subsistere sine debito principali; jam autem secundus conductor nihil debet primo locatori; non enim cum ipso contraxit, sed cum primo conductore, et sic res secundi conductoris non videntur posse esse obligatae primo locatori. R⁄. quod, ut mea res alicui pignori affectata sit, non requiritur praecise ut ego ejus debitor sim, possum enim pignus dare pro debito alieno, nempe in casu, invecta secundi conductoris non sunt obligata primo locatori pro eo, quod secundus conductor primo locatori debet, quoniam nihil debet, sed pro pensione, vel saltem pro parte pensionis, quam primus conductor primo locatori debet.

Obj. quod secundus conductor non convenerit, ut res suae obligatae essent primo locatori. R⁄. Hoc nihili est; nempe lex hypothecam induxit in ejus invecta, nec etiam primus conductor convenit, ut sua inducta obligata essent, et tamen obligata sunt.

Obj. quod secunda conductio fuerit inita inter primum et secundum conductorem, adeoque ex illa conductione non possit hypotheca acquiri primo locatori; nec etiam dici potest, quod secundus conductor tacite convenerit cum primo conductore, ut ejus res essent obligatae primo locatori, nam, licet hoc verum esset, adhuc tamen ex illo tacito pacto non posset hypotheca acquiri primo locatori, cum alteri per alterum, vel ex alterius pacto non acquiratur.

℟. Res secundi conductoris non esse obligatas primo locatori, vi conventionis tacitae inter secundum conductorem et primum locatorem, ut etiam J. C. ait in *L.* 11 § 5: *videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria*; nempe ex eo quod conductor mobilia sua intulerit, idque passus sit primus locator, videtur inter illos tacite actum, ut mobilia illa essent obligata primo locatori, quibus non contradixerunt leges hypothecam in invectis et illatis tribuentes.

Obj. Si colonus sublocet, invecta et illata a secundo conductore non erunt obligata domino, licet convenisset cum domino, ut quae ipse inveheret obligata essent, et colonus etiam convenisset cum secundo conductore, ut invecta ab eo sibi obligata essent. ℟. Disparitas est, quod dum de praedio rustico agitur, nulla hypotheca sit in invectis, nisi per expressam conventionem, unde, cum nulla conventio sit facta inter secundum conductorem et dominum, non possunt a secundo conductore invecta domino esse obligata; sed in praediis urbanis consuetudo, seu lex induxit hypothecam, et quamvis tacitae conventioni quandoque adscribatur, id tamen tantum verum est, quatenus non contradicunt huic consuetudini; unde ut dominus hypothecam acquirat in invectis a secundo conductore, nulla inter eum et secundum conductorem conventio expressa requiritur.

§ X.

Diximus invecta et illata a secundo conductore esse tantum obligata primo locatori pro pensione secundae conductionis; ita ut si quis conduxerit domum pro 100, et eam, vel partem ejus sublocet pro 50, invecta et illata secundi conductoris non sint obligata primo locatori, nisi pro 50. Aliud est de fructibus praedii rustici sublocati; illi enim non tantum sunt obligati pro pensione secundae conductionis, sed pro tota pensione primae conductionis per *L.* 24 § 1 *ff. loc. cond.*, ubi expresse dicitur: *sublocatione facta, fructus in causa pignoris manere, quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset.* Ratio disparitatis est quod, licet hypotheca in invectis et illatis, item hypotheca in fructibus, utraque legalis sit, leges tamen illam introduxerunt ex verosimili mente contrahentium, cum conventio, quae locationi adjici solebat, dederit occasionem huic legi, seu consuetudini; itaque utraque hypotheca regulatur juxta praesumptam et verosimilem voluntatem contrahentium; jam autem in sublocatione praedii urbani, cum agatur de propriis rebus secundi conductoris pignorandis, nempe ejus invectis et illatis, certe non est verosimile quod voluerit secundus conductor ea ulterius pignorata esse, quam pro summa, pro qua ipse conduxit, ut ait J. C. in *d. L.* 11 § 5. Sed in praedio rustico agitur de fructibus pignorandis; fructus autem, quamdiu in fundo stant, ad primum locatorem seu dominum spectant, et tantum acquiruntur colono ex voluntate domini; unde non est verosimile quod dominus voluerit eos percipi a conductore, vel ab eo cui conductor sublocavit, nisi cum onere hypothecae pro tota mercede, pro qua ipse fundum locavit; breviter invecta et illata a secundo conductore sunt res secundi conductoris, sicque ejus mens praecipue attendenda est; fructus autem in dominio sui locatoris sunt quamdiu sunt in fundo, sicque ejus mens primario attendenda est.

§ XI.

Alia hypothecae legalis species est illa, quam habet legatarius et fideicommissarius pro securitate legati aut fideicommissi sibi relicti, tributa illis a Justiniano in *L.* 1 *cod. comm. de leg.*, ubi statuit, ut habeant hypothecam in omnibus bonis testatoris, quae ad heredem legatis gravatum pervenerunt; itaque eam non habent in omnibus bonis heredis, sed in illis tantum, quae a defuncto ad ipsum pervenerunt, uti expresse in fine legis monet imperator: in fine illius legis addit, quod quisque heres actione hypothecaria tantum conveniri possit in quantum actione personali tenebatur, ita ut si unus heres partem legati solvat, ejus pars hereditaria fiat libera ab hypotheca. Ex quo communiter inferunt auctores hanc hypothecam esse dividuam, contra generalem regulam, quae dicit quod causa pignoris vel hypothecae sit individua, seu quod hypotheca pro nulla parte liberetur, quamdiu aliquid restat solvendum. Sed dicendum quod nil in hac hypotheca pro legatis speciale sit; est nempe eodem modo individua prout omnes aliae hypothecae, scilicet si plures sint heredes legato gravati, non est unica hypotheca, quae legatario competit, sed tot sunt hypothecae quot heredes gravati, ita ut si ponamus esse duos heredes, et legata esse 1000 Titio, ita ut quisque heres 500 dare debeat, Titius in parte hereditaria primi heredis habeat hypothecam pro 500 a primo herede ei debitis, et habebit alteram hypothecam in parte secundi heredis pro 500 ab eo debitis: quod si primus heres sua 500 solvat, pars ejus hereditaria liberabitur, quia scilicet totum debitum solutum est, pro quo ista pars hypothecata erat, est ergo falsum quod hypotheca liberetur hic pro parte debiti soluta. Fatemur equidem aliud esse, quando defunctus v. g. hypothecavit fundum suum pro 1000; nam, uno herede 500 solvente, hypotheca pro nulla parte liberaretur; sed hoc non mirum, nam in illo casu est unica hypotheca fundi pro 1000, quae proinde pro nulla parte liberatur, nisi totis 1000 solutis; sed pro legatis Justinianus tribuit legatariis diversas hypothecas, nempe in parte primi heredis unam pro 500, in parte secun-

di aliam pro aliis 500, adeoque uno sua 500 solvente, debet pars ejus liberari, cum non obligaretur nisi pro 500.

Ex dictis sequitur quod, si plures sint heredes, ita tamen ut non omnes legatis gravati sint, sed quidam tantum, partes hereditariae eorum, qui gravati non sunt, non sint hypothecatae: quod si ponamus legatum Titio relictum, Titiumque alio legato gravatum esse in favorem Maevii, Maevius non habebit hypothecam in bonis testatoris, quae apud heredes sunt, sed tantum in eo quod testator Titio reliquit.

Notandum quod legatarii, quamvis hypothecam habeant in omnibus bonis defuncti, quae ad heredem legatis gravatum pervenerunt, postponantur tamen omnibus creditoribus defuncti, etiam illis, qui nullam hypothecam habent; cujus ratio est, quod legata non debeantur, nisi ex eo quod superest post omnes creditores defuncti dimissos; praeterea, cum legatarii habeant tantum hypothecam in bonis testatoris, quae ad heredem pervenerunt, et bona non intelligantur, nisi deducto aere alieno, sequitur quod non habeant hypothecam, nisi in eo quod superest, postquam creditoribus est satisfactum.

§ XII.

Nunc de hypothecis generalibus legalibus. Inter eas prima est, quam habet mulier in omnibus bonis mariti in securitatem dotis, quam maritus soluto matrimonio reddere debet, tributa ei a Justiniano in *L.* 1 § 1 *cod. de rei ux. act.*; similemque hypothecam dat imperator marito in bonis ejus, qui dotem promisit, sive ipsa mulier promiserit, sive alter (*d.* § 1); item eamdem hypothecam dat marito in bonis uxoris in securitatem donationis propter nuptias, quam maritus ei fert, et quam post solutum matrimonium mulier restituere debet (*L.* 12 § 2 *cod. qui pot. in pign.*).

His aliqui addunt, quod mulier hypothecam habeat in bonis mariti pro administratione et restitutione bonorum paraphernalium. Vocantur autem bona *paraphernalia*, bona quae mulier habet extra dotem, et quae maritus ejus nomine administrat; sed magis est ut haec sententia de jure Romano falsa sit, nulla enim hypotheca legalis admittenda est, nisi quae expresse a lege conceditur. Allegant quidem *L. ult. cod. de pact. conv. tam super dot. etc.*; sed non loquitur ista lex de quibuscumque bonis paraphernalibus, sed tantum de nominibus seu actionibus, quas mulier contra debitores suos habet, et quas marito suo dirigendas dederat; diciturque quod, si maritus illis actionibus egerit, bona ejus pro restitutione pecuniae, quam consecutus est a debitoribus, sint hypothecata. De aliis autem bonis paraphernalibus illa lex non loquitur; jam autem si Justinianus voluisset illam hypothecam dare pro omnibus bonis paraphernalibus, certe non restrixisset legem suam ad hunc casum, praecipue cum ista lex sit edictum.

§ XIII.

Alia species legalis hypothecae, et simul generalis, est quam habent pupilli, item minores in bonis tutorum vel curatorum suorum in securitatem administrationis et restitutionis rerum suarum (*L.* 20 *cod. de adm. tut. et curat.*).

§ XIV.

Alia est, quam habent liberi in omnibus bonis patris pro conservandis bonis suis, quae vel a matre, vel a latere materno ad eos pervenerunt, et quorum ususfructus et administratio apud patrem est (*L.* 8 § *ult. de sec. nupt.*). Illam hypothecam non habent liberi in securitatem quorumcumque honorum adventitiorum, sed maternorum tantum. Nec obstat *L.* 6 *cod. de bonis quae liberis etc.*, nam in illa lege Justinianus extendit quidem jus, quod in bonis maternis obtinebat, ad alia bona adventitia, ita nempe ut pater in omnibus bonis adventitiis usumfructum et administrationem tantum habeat, sed hypothecam pro illis bonis non tribuit liberis; econtra in § 2 *ejusd. L.* 6 eam evidenter ipsis denegat.

§ XV.

Item hypothecam habent liberi in bonis parentis, qui ad secundas nuptias convolat, pro bonis a parente defuncto ad eum profectis, quorum proprietate excidit parens binubus, et quae proprietas in liberos descendit, servato ei usufructu (*L.* 6 § 2 *de secund. nupt.*); item hypothecata sunt bona vidui vel viduae, cui aliquid relictum erat sub conditione viduitatis, pro restitutione earum rerum, si ad secundas nuptias transvolet (*Nov.* 22 *cap* 44 § 2). Notandum, quod hypothecae istae incipiant competere, etiam antequam restituere cogatur debitor id, pro quo bona ejus obligata sunt, item antequam incoeperit male administrare: sic hypotheca pro dote incipit competere mulieri statim ac dos est data marito, licet tantum post matrimonium finitum maritus eam restituere cogatur: sic hypotheca pupillorum et minorum incipit statim ac tutela vel curatela est suscepta: hypotheca liberorum pro bonis maternis, statim ac administrare incipit (*L.* 6 § *ult. cod. de bon. quae lib.*): hypotheca in bonis parentis binubi, statim ac ad secundas nuptias convolat (*L.* 8 § 4 *cod. de sec. nupt.*).

Nec obstat quod non possit esse hypotheca sine debito, et quod, in casibus allegatis, nondum teneantur ad restitutionem, nec etiam teneantur antequam dolum vel culpam admiserint; nam notan-

dum quod supra dictae personae ab initio, quo dotem, tutelam etc. susciperunt, incipiant obligari ad res administrandas arbitrio boni viri; sicquo licet hicet nunc propter malam gestionem nondum sint obligati, sunt tamen ad factum obligati, nempe ad bene administrondum, quod sufficit ut hic causa pignoris subsistat.

§ XVI.

Aliam hypothecam habet fiscus in bonis eorum, qui res ejus administrant, item in bonis ipsorum qui cum ipso contraxerunt, ont qui tributa non solverunt (*L.* 1, 2 *cod. de jure fisci*). Haec autem hypotheca a fisco cedi potest ei, qui pro debitore ejus solvit (*L.* 45 § 9 *ff. de jure fisc.*, *L. ult. cod. de privil. fisci*). Unde videntur idem jus habere illi, qui a fisco vectigalia vel tributa conducunt, estenus enim illi fiscum repraesentant, et jus hypothecae una cum juro vectigalia exigendi videntur ab eo redemisse. Notandum quod fiscus non habeat hypothecam pro pecunia, in quam aliquis ei condemnatus est; nam vel bona omnia, aut pars v. g. medietas bonorum alicujus confiscata est, seu fisco addicta, quo casu omnes creditores hypothecarii fisco anteponuntur; nempe bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno, et sic tantum id quod restat, creditoribus dimissis, fisco cedit; ita tamen ut hoc casu fiscus concurrat cum aliis creditoribus illius debitoris, ita ut nullam hypothecam habeat, nec ullam praelationem ante alios creditores per *L.* 17 *ff. de jure fisci*, ubi dicitur quidem, quod fiscus aliis creditoribus postponatur in poena exigenda; sed id intelligendum de creditoribus privilegiatis, ut explicatur in *L.* 37 *ff. eodem.*

§ XVII.

Moribus nostris, quod hypothecas legales attinet, eae fere in usu esse desierunt, ut habet Stockmans (*dec.* 96) et Wynants (*dec.* 108), praecipue quia edictis principum nostrorum statutum est, ut non acquiratur jus reale sine solemni inhaeredatione. Itaque si quis hodie hypothecam legalem praetendat, non sufficit ei probare, quod jure Romano ei competat, nec reperiatur expresse per mores nostros abrogata; sed probare debet eam expresse esse agnitam per constitutiones principum nostrorum, aut per locorum consuetudines; ita ut nulla hypotheca legalis hodie sit, nisi quae principum nostrorum edictis, vel locorum consuetudinibus sit statuta. Unde de hypotheca minorum, pupillorumque in bonis tutoris vel curatoris refert Stockmans, eas abrogatas esse apud nos (*dec.* 96): idem de hypotheca legatariorum decisum esse tradit Wynants (*dec.* 108): fisci tamen hypothecam in bonis administratorum ejus, item in bonis eorum, qui cum ipso contrahunt, hodiedum adhuc salvam esse probat Stockmans (*dicto loco*); et quoad bona administratorum ejus, id expresse decidit *art.* 24 *edict. perp.*

TITULUS III.

QUAE RES PIGNORI VEL HYPOTHECAE DATAE OBLIGARI NON POSSUNT.

§ I.

Regula est quod quisque dominus res suas hypothecare vel pignori supponere possit, modo habeat liberam rerum suarum administrationem: ceterum illi qui probibentur res suas alienare, prohibentur etiam eas pignori vel hypothecae dare; licet enim nomine alienationis strictae sumptae veniat tantum translatio dominii, leges tamen alienationis nomine non tantum dominii translationem, sed omnem juris realis in alterum translationem intelligunt, ut pignoris dationem, impositionem servitutis etc. (*L. ult. cod. de reb. al. non alien.*). Itaque pupillus non potest pignus dare sine tutoris auctoritate (*L.* 1 *ff. h. t*), pupilli vel minores noquidem cum consensu tutoris vel curatoris res immobiles pignori vel hypothecae dare possunt, sine decreto magistratus.

Nemo etiam potest hypothecae vel pignori dare res alienas, cum enim in re aliena nullum jus habeamus, nullum etiam jus in ea alteri constituere possumus; itaque creditori nullum jus reale in illa re acquiretur, et consequenter nec actio hypothecaria (*L.* 6 *cod. si res alien. pign. data sit*).

§ II.

Hoc tamen notandum quod si rem alienam pignori dem, quamvis nullum jus reale transferatur, contractus tamen pignoris valeat, illo enim prorsus independens est a jure reali pignoris; itaque nascetur actio pignoratitia directa et contraria, non tamen actio hypothecaria, quae ex jure reali oriri deberet, quod in casu translatum non est (*L.* 9

ff. de pign. act.). Hinc explicari potest *L.* 9 § 1 *ff. de pign. act.*, ubi sic Gaius: *quod emptionem-venditionem recipit, etiam pignorationem recipere possit:* hujus autem hic non est sensus, quod possit hypothece constitui generaliter in omnibus rebus, quae vendi possunt, alias sequeretur quod in re aliene posset pignus vel hypotheca constitui; constet enim venditionem rei alienae valere (*L.* 28 *ff. de contr. empt.*), adeoque etiam alienae pignori dari possent ad hunc effectum, ut ex illa datione oriatur actio hypothecaria: vel si quis velit Gajum omnino accipere de jure reali hypothecae, tunc dici debet Gajum egere de rebus, quae sunt in bonis debitoris, ita ut sensus sit, posse debitorem res suas vendere vel alienare, possit etiam pignori obligare, tanto magis quod in *princ. legis* Gajus evidenter loquatur de bonis propriis debitoris.

§ III.

Diximus quod si res aliena pignori data sit, valeat contractus pignoris, ut utrimque nascatur actio pignoratitia, eodem modo ut venditio rei alienae valet; hoc tamen interest inter venditionem et pignus rei alienae, quod emptor, cui res aliena vendita est, in supposito quod venditor bona fide eam vendiderit, nullam actionem contra venditorem habeat, antequam res per dominum sit evicta; is vero, cui res aliena pignori data est, statim ac novit eam alienam esse, poterit agere pignoratitia contraria contra debitorem (*L.* 9 et *L.* 16 § 1 *ff de pign. act.*). Disparitas est, quod venditor non teneatur dominium in emptorem transferre, si dominus non sit, sed tantum tradere rem venditam emptori, et efficere ut emptori eam habere liceat; tamdiu ergo quam dominus non aufert rem ab emptore, venditor suae obligationi satisfecit, et sic emptor ad nil potest eum convenire, sed debitor, qui rem pignori dat, tenetur ad jus reale in ea re transferendum in creditorem, sine quo jure reali nullam securitatem haberet creditor: cum itaque debitor rem alienam pignori tradens jus reale in illa re non transtulerit, non satisfecit obligationi suae, adeoque statim conveniri potest actione pignoratitia contraria, idque sive sciverit rem quem dabat esse alienam, sive suam putaverit, cum ea tamen differentia, quod, quando sciens rem alienam pignori dat, incurrat crimen stellionatus, prout est is, qui aes pro auro pignori dat, vel qui rem, in qua jam inde alter hypothecam habet, obligat, nec secundum creditorem monet rem illam jam alteri creditori hypothecatam esse (*L.* 16 *princ. et* § 1 *ff. de pign. act.*).

§ IV.

Sed numquid saltem ille, qui bona fide rem a non domino pignori vel hypothecae accepit, habebit Publicianam actionem, aut aliam similem actionem ex aequitate? ℟. negativa; nam actio Publiciana competit tantum ei, qui rem a non domino bona fide traditam accepit ex justo titulo, seu ex titulo translativo dominii; cui autem res data est pignori vel hypothecan, is talem titulum non habet, nec ullam actionem realem hic habere potest, quoniam nullum jus reale acquisivit; praeterea nec utilem actionem realem, quia nulla pro hoc casu a legibus est introducta. Caeterum, si ponamus rem pignori vel hypothecae datam esse ab eo, qui bona fide et justo titulo rem illam traditam accepit, adeoque ab eo, qui illius rei nomine Publicianam habet, hoc casu praetor creditori, cui ista res pignori vel hypothecae date est, dabit utilem actionem hypothecariam, eodem modo prout debitori ejus rei nomine dat utilem reivindicationem, seu Publicianam; unde sequitur quod sicut debitor non posset agere Publiciana, nisi contra eum, qui nullo vel debiliori titulo possidet, ita etiam creditor in casu non possit agere utili hypothecaria, nisi contra talem, cum creditor totum suum jus metiatur ex capite debitoris, qui eam rem pignori dedit (*L.* 18 *ff. de pign. et hyp.*).

§ V.

Quamvis non valeat pignus vel hypotheca rei alienae, possum tamen eam hypothecare sub conditione *dum mea erit*, ut tamen hoc casu non nascatur hypotheca antequam mea sit (*L.* 16 § 7 *de pign. et hyp.*); praeterea possum hypothecare rem alienam, si dominus consentiat. Ita, si rem tuam pignori dem simulans esse meam, et tu hujus fraudis fis particeps, responsum est, et recte, eam hypothecatam esse, licet postea dicas te non consensisse (*L.* 2 *cod. si aliena res*).

§ VI.

Quid si rem alienam pignori vel hypothecae dem, et postea fiam dominus illius rei? Si strictum jus inspiciamus, cum pignus sit ab initio nullum, non potest convalescere, propterea quod postmodum dominus fiam, nisi, postquam dominus factus sum, de novo illud impnuerem; quod enim ab initio nullum est, ex postfacto non convalescit, nisi accedat nova causa. Caeterum placuit hic a rigore juris recedere, et admittere ut pignus convalescat, statim ac debitor dominus fit, ita ut creditori ex aequitate detur utilis actio hypothecaria contra strictas juris regulas (*L.* 5 *cod. si res alien.*, *L.* 41 *ff. de pign. act.*), ubi per utilem pignoratitiam actionem Paulus intelligit utilem hypothecariam, ut mox probabitur; licet enim pignoratitia actio toto coelo distet ab hypothecaria, quandoque tamen actio hypothecaria in jure improprie vocatur *pignoratitia*, ut manifestum est in *L.* 30 § 1 *ff. de except. rei jud.*, quae est ejusdem Pauli.

Obj. Si quis vendat et tradat rem alienam, licet postea fiat dominus, non tamen convalescet do-

Digitized by Google

minium emptoris, seu non ideo dominium transibit in emptorem, nisi novum factum interveniat ex parte venditoris; ergo nec etiam hypotheca in re aliena debet convalescere, ex eo quod postea debitor dominus fiat. R/. quod hoc in casu hypothecae specialiter receptum sit contra stricta juris principia; quae autem specialiter recepta sunt, non sunt extendenda ad consequentias; unde non fuit hoc extensum ad casum, quo venditor, postquam vendidit et tradidit, dominus fit, praecipue cum sit dispar ratio inter utrumque casum; nempe si creditor nullum jus reale haberet, pignus vel hypotheca esset ei inutilis, unde leges ex aequitate concesserunt ut acquireret jus reale, si postea debitor dominus fiat. Sed qui bona fide rem emit, licet dominium ad ipsum non transeat, casu quo postea venditor dominium acquireret, habet tamen sufficientem securitatem; nam equidem venditor ab ipso non poterit vindicare rem, repelletur enim exceptione rei venditae et traditae; et si emptor casu fortuito possessionem amitteret, haberet actionem Publicianam ut eam recuperet; unde non erat sufficiens ratio ut contra omnia juris principia debuerit introduci ut, venditore dominium acquirente, illud ipso jure in emptorem transiret.

Quid si creditor sciat rem, quam pignori vel hypothecae accipit, esse alienam? Hoc casu non videtur convalescere pignus, licet postea debitor dominium acquirat; quod enim pignus convalescat, ex mera aequitate receptum est, nulla autem talis aequitas militat, dum creditor scivit rem esse alienam; nam imputare sibi debet, quod talem rem pignori accipiat, imo delinquit rem alienam scienter pignori accipiendo.

Papinianus tamen in *L. 1 ff. de pign. et hyp.* ait, *difficilius hoc casu dari utilem hypothecariam creditori*: sic videtur dicere eam saltem dari, quamvis difficilius. Sed dicendum quod Papinianus his verbis intelligat eam non dari; saepe enim modestiae causa dubitanter decidunt J. C., et ita eadem verba apud eundem Papinianum sumuntur in *L. 8 ff. de collat. bonorum*. Caeterum admittit Papinianus in *d. l.* quod, quamvis creditor, qui sciens rem alienam pignori accepit, non acquirat utilem actionem hypothecariam, si postea debitor dominus fiat, possit tamen sibi consulere per viam retentionis, si forte debitor ab eo rem avocaret; poterit ergo hoc casu creditor debitorem per exceptionem doli repellere; nec in jure est infrequens, ut quis actionem non habeat, habeat tamen retentionem.

§ VII.

Vidimus quod convalescat pignus vel hypotheca rei alienae, propterea quod debitor, qui eam obligavit, ejus dominus fiat, in supposito nempe, quod bona fide eam creditor acceperit. An idem dicendum est, si rem meam sine consensu meo Titius obligaverit, et postea Titio heres fiam, cum jam sim obligatus ad id dobitum, pro quo Titius pignus dederat, et sim dominus rei ab eo pignori datae? Hoc casu non convalescit pignus, ut expresse deciditur in *L. 41 ff. de pign. act.* Pro intellectu istius legis notandum, quod actio aliqua quandoque dicatur *directa* hoc sensu, quod competat, juxta communes juris regulas, ex ipsa natura negotii, vel etiam ex ipsis verbis alicujus legis, et in hoc sensu actio directa opponitur actioni *utili*, quae datur ex aequitate; aliquando actio *directa* dicitur, quae oritur ex contractu bilaterali, ex quo ab una parte obligatio magis principalis oritur quam ab altera, et in hoc sensu opponitur *contrariae*; sic commodanti dicitur competere actionem commodati *directam*, *contrariam* commodatario. Vario etiam sensu actio aliqua dicitur *utilis*, nempe vel oppositione ad *directam*, quae juxta communes juris regulas, vel ex ipsis verbis legis oritur; et tunc per actionem *utilem* intelligimus eam, quae introducta est ex aequitate, vel per praetorem, vel per interpretationem prudentum: aliquando etiam per actionem *utilem* intelligimus actionem efficacem, quo sensu omnis actio, per quam effectum quem intendimus consequi possumus, potest dici utilis. Ex quo sequitur quod actio contraria v. g. mandati, vel pignoratitia, quae competit mandatario vel creditori, cui pignus datum est, possit etiam dici *directa*, nempe hoc sensu, quod competat ex ipsa natura contractus, absque eo quod debuerit induci ex aequitate; unde actio illa *contraria* non potest dici *utilis*, juxta priorem sensum, quia non fuit ex aequitate introducta, sed ex ipsis juris regulis.

Ut ad *L. 41* revertamur, postquam Paulus dixerat dari utilem actionem pignoratitiam creditori, si debitor, qui rem pignori dederat, ejus dominus esse coeperit, pergit: *non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori*: sic opponit illum casum priori, et de eo dicit quod non sit pignoris persecutio concedenda creditori; quibus verbis certe intelligit hypothecariam; ergo in priori casu consentit concedendam esse utilem hypothecariam, adeoque per verba *utilem pignoratitiam* intellexit utilem hypothecariam; et profecto per utilem pignoratitiam non potest intellexisse pignoratitiam contrariam; haec enim non poterat dici utilis, competit enim ex ipso contractu pignoris, qui contractus ab initio valebat, licet res aliena esset; sic illa actio non datur creditori ex aequitate contra communes juris regulas, sed ex ipsis juris regulis; et praeterea haec pignoratitia contraria aeque competit secundo ac primo casu; ad haec autem nequidem requiritur ut debitor dominus fiat, sed sufficit rem etiam alienam pignori datam esse; cum ergo Paulus concedat utilem

pignoratitiam primo casu, eamque deneget secundo, evidens est quod per utilem pignoratitiam intelligat utilem hypothecariam.

Hoc jam posito, quod Paulus initio legis det utilem hypothecariam creditori, postquam debitor dominus rei factus est, sequitur quod, cum dicit non idem dicendum esse, si dominus succedit ei, qui rem ejus pignori dederat, quod, inquam, hoc secundo casu neget Paulus utilem hypothecariam, adeoque quod decidat pignus non convalescere, propterea quod dominus succedat debitori, qui rem ejus obligaverat.

Obj. quod dum Titius, cujus rem pignori dederam, mihi succedit, idem jam sit debitor summae, pro qua res pignori data est, et simul dominus rei pignori datae, adeoque quod pignus jam debeat valere. ℟. quod, ut reflectit J. C., ut actio hypothecaria competat, seu ut pignus valeat, non sufficiat eundem Titium essa simul debitorem et dominum rei pignori datae, sed ulterius requiratur, ut convenerit de ista re obliganda, quod in casu non contigit.

Nec ad rem facit quod, dum ipse qui obligavit sit dominus, tunc pignus convalescat; nam disparitas est quod hoc in illo casu specialiter receptum sit contra juris regulas, adeoque id non est extendendum ad alios casus, in quibus militat diversa ratio, prout hic; nempe quando ipse debitor dominus fit, tunc ipse qui obligaverat dominus fit, ubi in posteriori casu, quando dominus succedit debitori, debitor qui obligaverat, nunquam factus est dominus istius rei, heres autem, qui dominus est, nunquam eam obligaverat. Praeterea quando ipse, qui obligavit, dominus fit, pignus convalescit, ne ex mendacio suo arguatur, ut ait Paulus in *d. L.* 41, nempe debitor dando pignus, tacite profitetur se illius rei dominum esse: sic si postea diceret eam rem non esse obligatam, propterea quod dominus non esset tempore quo eam obligabat, seipsum mendacii argueret, et proprio facto contraveniret; heres autem qui eam rem nunquam obligavit, dicendo eam non esse pignoratam, nullo modo proprio facto contravenit; sic diversa ratio militat in herede, ac in ipso debitore qui obligaverat.

Obj. quod heres debeat stare facto defuncti, nec ei magis contravenire possit, quam suo proprio facto. ℟. Id verum est hoc sensu, quod heres teneatur obligationibus a defuncto contractis, non vero quod debeat praestare facta defuncti mere personalia, aut quod debeat praestare facta, quae defunctus nulliter posuit; hinc ex illo argumento sequitur quidem quod, sicuti defunctus tenetur actione contraria pignoratitia, propterea quod rem alienam pignori dederat, eodem modo ea teneatur heres, possitque eadem conveniri ad id quod interest creditoris, imo condemnari ut illi rei pignus imponat; sed factum impositionis juris realis a defuncto positum, cum id nullum fuerit, est mere personale, item affirmatio a defuncto tacite facta, quod res sua esset, ab herede praestari non debent; quae enim mere personalia sunt, ad heredes non transeunt. Itaque factum aut affirmatio defuncti, propter quae receptum est, ut pignus convalescat eo dominium acquirente, non praebent sufficientem rationem idem statuendi in herede.

His tamen fortiter resistere videtur Modestinus in *L.* 22 *ff. de pign. et hyp.*, ubi dicitur quod si Titio, qui rem meam, me ignorante, pignori obligaverat, heres extitero, *ex postfacto pignus quidem directo non convalescat, sed utilis pignoratitia dabitur creditori*. Sed notandum quod, dum Modestinus dicit pignus non convalescere directo, id non significet quod pignus stricto jure non convalescat, cum nullum jus stricto jure convalescat; quod enim ab initio nullum est, de rigore juris nunquam convalescit; sed per illa verba vult non convalescere pignus ipso jure, sine facto hominis, sic decidit Modestinus quod pignus nequidem ex aequitate convalescat; nam si ex aequitate convalesceret, ipso jure seu directo convalesceret; si ergo juxta ipsum non convalescat pignus, sequitur quod, dum paulo post dixit *sed utilis pignoratitia dabitur creditori*, non intelligat per haec verba utilem hypothecariam, prout Paulus intelligebat in *L.* 41, sed pignoratitiam contrariam. Itaque sensus Modestini est, pignus non convalescere propterea quod dominus succedat debitori, sed posse creditorem pignoratitia contraria agere, et per hanc actionem consequi posse, ut heres illi rei pignus imponat, seu vult quod pignus non sit convaliturum directe, sed indirecte, facto nempe heredis, qui id cogetur imponere per pignoratitiam contrariam, idque Paulus non negat in *L.* 41. Sic nulla pugna inter illas duas leges.

Obj. quod, si Modestinus per pignoratitiam intelligat pignoratitiam contrariam, tunc non potuisset eam vocare utilem pignoratitiam; illa enim non competebat in casu utiliter, seu ex aequitate, sed ex natura contractus pignoratitii, adeoque dabatur directo, juxta communes juris regulas. ℟. quod per utilem pignoratitiam intelligat pignoratitiam efficacem, adeo ut sensus sit, posse creditorem pignoratitia contraria agere, idque efficaciter ad hunc effectum, ut pignus ei rei imponatur. Scilicet, quando res aliena pignori data est, creditor agere potest pignoratitia contraria ad id quod sua interest; interesse autem illud non consistit in pecunia numerata, sicut in aliis contractibus, sed ut habeat creditor talem securitatem, qualem habuisset, si illi rei revera pignus fuisset impositum; condemnabitur ergo debitor ad parem securitatem praestandam, dando nempe pignori rem aequalis valoris. Caeterum cum jam heres debitoris conveniatur pignoratitia contraria, et ipse sit dominus rei a defuncto pignori datae, judex eum condemnabit, ut in ea

Digitized by Google

pignus imponat; itaque illa actio pignoratitia competebat quidem etiam contra debitorem defunctum, sed contra eum non erat utilis ad hunc effectum, ut illi rei pignus imponeret, quoniam dominium ejus non habebat; sed jam contra heredem erit utilis ad hunc effectum, hincque est quod Modestinus dicat *utilis pignoratitia dabitur* in futuro, ad ostendendum quod ea jam erit utilis, seu efficax ad hunc effectum, et per eam cogatur heres pignus imponere; quam efficaciam illa actio non habebat contra defunctum, qui dominus non erat, licet etiam contra illum daretur. Itaque breviter, Modestinus vult quod, domino herede existente ei, qui rem ejus obligaverat, non convalescat pignus directe, seu ipso jure, sed indirecte tantum, nempe mediante pignoratitia contraria, qua creditor contra ipsum aget, et qua cum utiliter, seu efficaciter coget ei rei pignus imponere.

§ VIII.

Huc spectat casus *L.* 9 § 3 *ff. qui pot. in pign.*, qui hic est. Titia praedium alienum Titio pignori dedit, deinde idem praedium dedit Maevio pignori: postea, cum domina illius praedii facta esset, dedit illud aestimatum marito suo in dotem, ita ut maritus illius in perpetuum sit factus dominus; quando enim res aestimata in dotem datur, maritus illius rei in perpetuum dominus fit, ita ut nequidem soluto matrimonio illam restituere debeat. Imprimis certum est, quod in hoc casu pignus Titii convalescat statim ac mulier domina facta est, juxta principia, quae jam diximus; sed cum mulier, postquam id praedium in dotem dedisset, Titio suum debitum solverat, et ita evanuerat pignus Titii, adeoque tota quaestio erat de pignore Maevii secundi creditoris nempe, an hoc non convalescat, muliere domina facta? Decidit autem Africanus pignus Maevii non convalescere, quia fundus neutro tempore in bonis mulieris fuit, neque tunc cum Maevio eum obligaret, neque dum priorem creditorem Titium dimittebat.

Plerique hujus rei rationem reddunt quod, quamvis mulier sit domina facta rei, quam Maevio pignori dederat, non potuerit tamen pignus Maevii convalescere, quia pignus Titii, quod erat anterius, impediebat quominus pignus posterius Maevii convalesceret. Sed id dici non potest; nempe certum est quod, licet rem alicui pignori dederim, possim tamen eandem alteri quoque pignori dare, etiam antequam prior sit dimissus; nam eadem res pluribus hypothecari potest, ita tamen ut prior praeferatur; itaque pignus priori datum non efficit, quominus res secundo valide hypothecetur, et consequenter non potest etiam efficere, quominus hypotheca secundi, si ab initio nulla fuit, convalescat; licet ergo Titius in casu nondum esset dimissus tempore quo mulier dominium acquirebat, ejus tamen pignus non poterat efficere, quominus convalesceret etiam pignus Maevii, muliere dominium acquirente; et certe non dubitamus, quin Africanus decidisset pignus Maevii convalescere, si simpliciter casus, quem preposuimus, ei propositus fuisset. Quare ergo respondetur pignus Maevii non convalescere? Dicimus quod Africanus non supponat fundum Maevio simpliciter datum esse pignori, sed fuisse ei datum sub conditione, si pignus desiisset Titio teneri, seu cum Titius dimissus esset. Quo pacto clara erit decisio J. C., et ratio cur pignus Titii non convalescat, nempe quando res sub conditione pignori datur, non acquiritur pignus, nisi existente conditione; itaque in casu Maevius non poterat acquirere pignus, seu non poterat ejus pignus convalescere, nisi Titio dimisso; jam autem, dum Titius dimittebatur, mulier, licet dominium habuerit, non erat tamen amplius domina, dederat enim jam inde aestimatum marito in dotem, sicque, cum mulier non fuerit domina, neque tunc, quando rem Maevio obligabat, neque tunc, quando conditio sub qua obligaverat extitit, non poterat pignus Maevii convalescere. Quod autem J. C supponat pignus Maevio obligatum fuisse sub conditione, patet ex eo, quod alias nulla ratio dari posset cur pignus Maevii non convalesceret, muliere domina facta; nam, ut diximus, pignus Titii non potest impedire convalescentiam pigneris Maevii, cum possit res duobus hypothecata esse, idque saepissime contingat. Praeterea ad videndum an pignus Maevii convalescat, Africanus respicit ad tempus quo dimissus fuit Titius, et ait, tunc requiri ut mulier domina fuerit; jam autem si supponas pignus Maevio pure fuisse datum, non est necesse ut mulier eo tempore domina sit, sed sufficit quod semel domina fuerit, postquam pignus Maevio dedit; nam tunc statim pignus Maevii convalescit, ubi econtra, si supponamus pignus Maevio sub conditione datum fuisse, cum nempe Titius dimissus erit, jam ut pignus Maevii convalescat, necessarium est ut mulier dominium pigneris habuerit post dimissionem Titii, quoniam pignus jam convalescere nequit, nisi Titio jam dimisso, adeoque hoc casu omnino respiciendum erit an mulier domina fuerit, Titio dimisso; cum ergo J. C. moneat ad hoc tempus respiciendum esse, signum est quod tractet casum, ubi Maevio sub conditione fundus fuit obligatus.

Obj. quod Africanus nullam mentionem faciat de eo, quod res sub conditione Maevio obligata fuerit, sed quod simpliciter dicat fundum Titio, et deinde Maevio pignori datum fuisse: quod si tractaret casum, quo Maevio fundus sub conditione obligatus fuisset, certe verosimile est quod illam circumstantiam expressisset, nam ab illa dependebat tota decisio quaestionis. R. quod licet Africanus non dicat expressis verbis fundum Maevio fuisse sub conditione obligatum, id tamen satis evidenter insinuet, cum, ad decidendam quaestionem,

Digitized by Google

semper respiciat ad tempus quo Titius fuit dimissus, an nempe mulier eo tempore fuerit domina, necne; jam autem ad hoc solum tempus non debuisset respici, si supponatur fundus simpliciter Maevio hypothecatus. Praeterea illa lex est ex *lib. 8 quaestionum Africani*, consequenter in ea continentur necessaria Africani ad quaestiones ei propositas; qualis autem casus ipsi fuerit propositus non satis clare liquet: sic possumus dicere eum consultum fuisse de casu, ubi Maevio sub conditione fundus fuit obligatus; cui accedit, quod eo tempore ordinarium esset, ut, dum fundus erat alicui obligatus, si tunc postea alteri hypothecaretur, soleret ei hypothecari sub conditione, si primus creditor dimissus esset, seu in id tempus, quo prima hypothece foret soluta (*L.* 15 § 2 *ff. de pign. et hyp.*).

Obj. Licet supponatur fundus Maevio sub conditione hypothecatus, adhuc tamen hypotheca convalescere debet, muliere semel domina facta, quamvis dominium ante existentiam conditionis amiserit; nam quando conditio, sub qua contractus aliquis initur, existit, tunc ea retrotrahitur, et videtur contractus ab initio fuisse perfectus; sic in casu, postquam Titius dimissus est, videtur Maevio ab initio hypotheca fuisse pure data; jam autem, si ab initio ei pure date fuisset, certo ea convaluisset, muliere dominium acquirente. ℟. Non est semper verum conditionem retrotrahi ad initium; est quidem verum quod, quando contractus pec existentiam conditionis perficitur, videatur ille perfectus fuisse ab initio; sed ad hoc requiritur, ut existente conditione perficiatur; in nostro autem casu, quando conditio, sub qua Maevio fundus hypothecatus fuit, extitit, mulier non erat amplius domina, adeoque eo tempore non poterat Maevio acquiri hypotheca, et adeo non potest ab initio ei videri acquisita: sic v. g. dum tibi vendo rem sub conditione, et ea existente venditio perficitur, videtur ab initio perfecta fuisse, seu retrotrahitur; sed si ponamus quod res vendita pendente conditione pereat, et postea conditio existat, cum tunc amplius perfici venditio non possit, deficiente merce, non videbitur ab initio perfecta fuisse.

§ IX.

Materia pignoris sunt res corporales, illae enim solae proprie tradi, et supponi juri reali possunt; sed cum favorabilis sit admodum oeture pignoris, maximaque aequitate nitatur, placuit ut res incorporales possint pignori vel hypothecae dari, saltem cum hoc effectu, ut oriatur utilis actio hypothecaria, modo tamen aliqua securitas in ee possit esse creditori. Hinc imprimis, si fundum communem cum alio habeam pro indiviso, non possum quidem totum fundum hypothecare, quoniam hic hypothecarem pactom socii mei, seu alienam; sed possum meam partem hypothecae dare, etiam sine consensu socii mei. Nec obstat quod servitutem ei imponere non possim, nam servitus requirit subjectum corporeum, in quo exerceatur, pars autem pro indiviso est res incorporalis: sic v. g. impossibile esset, ut quis in mea parte iret vel ageret, quin simul iret vel ageret in parte socii mei; sed cum hypotheca unice detur ad securitatem, nil obstat, quominus meam partem hypothecem; in ea enim securitatem creditor habere potest, eamque vendere, si non solvam. Quid, si postquam medietatem meam hypothecae dederam, agatur communi dividundo inter me et socium meum, judexque adjudicet mihi partem pro diviso? Nihilominus creditor retinebit hypothecam in medietate totius fundi pro indiviso sicut ante, ita ut in medietate etiam partis socio meo adjudicatae eam retineat; nam eo tempore quo hypothecam dedi, eram dominus medietatis pro indiviso; sicque, cum hypotheca ab initio recte fuerit constituta, licet postea dominium medietatis pro indiviso amittam, non ideo tamen creditor hypothecam amittit; est quidem verum quod loco medietatis pro indiviso, nactus sim medietatem pro diviso; sed illud judicium inter me et socium susceptum non debet mutare jus creditoris, res enim inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest; sicque ista divisio inter me et socium facta non potuit auferre creditori jus reale ei in medietate pro indiviso quaesitum (*L.* 7 § *ult. ff. quibus modis pign. vel hyp. solv.*, *L.* 6 § 8 *ff. comm. divid.*).

Obj. Si partem meam pro indiviso, quam in fundo habebam, vendam, et postea, antequam tradam, socius meus me provocet communi dividundo, adjudiceturque mihi pars pro diviso, satisfaciam tradendo emptori partem pro diviso, licet partem pro indiviso ei vendiderim (*L.* 13 § 17 *ff. de act. empti*); ergo etiam creditor in casu post divisionem inter me et socium meum factam, amittet jus hypothecae in medietate fundi pro indiviso, et acquiret in parte pro diviso mihi adjudicata. ℟. Disparitas est, quod in casu objecto emptor nondum haberet jus reale in medietate pro indiviso ipsi vendita, nam habet tantum actionem personalem contra me, ut partem pro indiviso ei tradam; cum itaque non habeam ampliuspartem pro indiviso, eamque sine mea culpa habere desierim; et cum regula sit periculum rei venditae ad emptorem spectare, conventus ab emptore ad partem pro indiviso venditam, satisfaciam tradendo id quod in locum istius partis successit, seu tradendo partem mihi adjudicatam. Sed in casu nostro creditor jus reale jam constitutum habebat in medietate pro indiviso, quod jus per divisionem inter nos factam ei auferri non potuit.

§ X.

Quaeritur an servitutes possint hypothecari? Quod attinet personales, eae hypothecari possunt,

Digitized by Google

sive constitutae sint, sive constituendae; itaque si usumfructum fundi habeam, hunc usumfructum possum hypothecare; nam et vendere eum, et locare possum, poteritque creditor, si ei non solvam, eum vendere. Caeterum tamen haec hypotheca non diutius durabit, quem ipse ususfructus durat, unde si ego fructuarius incidam in modum, per quem amittitur ususfructus, hypotheca evanescit, utpote extincta re quan hypothecata fuit (*L.* 8 *ff. quib. med. pign. et hyp. solv.*); et si usumfructum vendiderit creditor, jus emptoris etiam evanescet; nen enim possum ulterius hypothecare usumfructum meum, quam ad tempus quo duraturum est, et si recte loqui velimus, dum fructuarius usumfructum hypothecat, non ipsum jus ususfructus hypothecat, sed tantum commodum ex usufructu percipiendum, eodem modo ut dum vendit usumfructum.

Sic etiam qui plenum dominium rei habet, seu usumfructum et proprietatem, potest creditori suo usumfructum pignori dare, ut creditor fructus percipiat, donec debitum ipsi solvatur, eosque in summam debitam imputet, nisi pactum entichreseos factum sit, ut eos retineat vi usurarum, poteritque creditor, si ei non solvatur, usumfructum vendere (*L.* 11 § 2 *ff. de pign. et hyp.*).

Quid de servitutibus praedialibus? Plurimi distinguunt inter servitutes urbanas et rusticas, ita ut urbanae non possint hypothecari, rusticae possint: et revera ita statui videtur in *L.* 11 § *ult. et L.* 12 *ff. eodem.* Nam in *L.* 11 § *ult.* negatur urbanas posse hypothecae dari; et in *L.* 12 *de via, itinere, actu etc.*, quae sunt servitutes rusticae, dicitur receptum esse ut hypothecae dari possint. Caeterum non videtur posse dari ulla solida ratio disparitatis, quare potius rusticae possent hypothecari quam urbanae; si enim natura rusticarum non obstet quominus hypothecentur, non videtur quare obstaret natura urbanarum. Itaque distinguendum potius videtur inter servitutes constituendas et constitutas, ut nempe servitutes constitutae non possint hypothecari: sic v. g. si praedium Titii meo praedio servitutem debeat, hanc servitutem alteri hypothecare nequeo, servitus enim constituta inhaeret praedio dominenti, et ab eo in aliud praedium transferri nequit; servitus enim est qualites praedii; qualitas autem a subjecto cui inhaeret, sine suo interitu nequit separari (*L.* 86 *ff. de verb. signif.*). Praeterea impossibile est, ut aliquam securitatem habeat creditor in iste hypothece; imprimis enim eam vendere non potest alteri, licet vicinum fundum habenti, quoniam servitus uni fundo deta in alium transferri non potest; non posset etiam ipse creditor ea uti, quoniam non est dominus fundi dominantis, solus autem dominus fundi domineantis habet jus ea utendi: nec id jus in alium potest transferre, nisi simul ipsum fundum transferat, et de hoc casu, seu de servitute constituta intelligenda est *L.* 11 § *ult. ff. h. t.* Servitus autem praedialis constituenda hypothecari potest: sic utilitatis causa receptum est, ut possim in meo fundo constituere servitutem crediteri meo, si modo fundum vicinum habeat, cum pacto ut ea servitute uti possit, donec ei solvam, et ut, si intra certum tempus non solvam, liceat creditori meo illam retinere pro justo pretio tunc aestimando; valet enim, ut antea diximus ex *L.* 16 § *ult. ff. de pign. et hyp.*, pactum legis commissoriae in futurum conceptum, et de tali pignoratione servitutis loquitur *L.* 12 *ff. h. t.* An ergo eam vendere poterit creditor, si non solvam debitum? ℞. negative; nen enim servitus uni praedio quaesita in aliud transferri potest, ut vidimus. Nec obstant verba *d. L.* 12, *et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat;* nam per *vicinum* intelligit ipsum creditorem, cui servitus constituta est hypothecae causa, ita ut sensus sit debitorem eas vendere posse creditori suo, si intra tempus non solvat, nempe verba conventionis relata sunt, qua servitus pignerata fuit; quae conventio talis erat, ut creditor uteretur servitute in fundo meo, et ut, si intra certum tempus non solverem, tunc servitutem illam ei venderem; hanc autem conventionem J. C. dicit ex aequitate admissam esse. Itaque nulla distinctio facienda inter urbanam et rusticam servitutem, sed tantum inter constitutam et constituendam, ut nempe prior hypothecari nequeat, posterior possit eo modo quo diximus, sine distinctione an sit rustica, vel urbana.

Nec obstant *dd. L.* 11 § *ult.*, *et L.* 12; licet enim prior neget urbanas hypothecari posse, posterior asserat, et posterior adjiciat priori particulam *sed*, ut sic videatur contrarium dici in *L.* 12 de rusticis ei quod dictum erat de urbanis: dicimus tamen quod in illis legibus non fiat oppositio inter urbanas et rusticas, sed inter constitutas et constituendas, ita ut, cum dictum fuisset in *L.* 11 § *ult.* urbanas (constitutas nempe) hypothecari non posse, jam in *L.* 12 contrarium decidatur de rusticis (nempe constituendis).

§ XI

Potest etiam pignus vel hypotheca pignori dari, quod certe utilitatis causa receptum est: sic si fundum tuum mihi hypothecaveris, possum ego eundem fundum hypothecare crediteri meo, quo casu non praecise ipse fundus hypothecatus erit meo creditori, sed jus meum pignoris vel hypothecae, quod ego in ille fundo habeo. Itaque utetur creditor meus meo jure hypothecae, et sicut ego illum fundum vendere possum casu quo mihi non solvas, ita et creditor meus, si ei non solvam, eum vendere poterit. Id tamen notandum quod, dum pignus pignori datur, illud secundum pignus non diutius teneat, quam duret pignus quod pigneri

datum est: sic si hypothecam habeam in tuo fundo, eamque pignori dederim meo creditori, et tu mihi solvas id, pro quo fundus tuus hypothecatus est, statim evanescit hypotheca, quam creditori meo constitueram, licet ei nihil solverim, etenim hypothecam meam ei hypothecaveram; cum autem hypotheca mea per solutionem sit extincta, etiam hypothecam ejus extingui necesse est, interitu enim rei pignoratae pignus extinguitur (*L.* 13 § 2 *ff. de pign. et hyp.*, *L.* 40. § *ult. ff. de pign. act.*).

§ XII.

Ulterius receptum est, ut possit etiam nomen seu actio hypothecari (*L.* 4 *cod h. t*, *L.* 7 *cod. de hered. vel act. vend.*). Itaque si habeam Titium obligatum ad 100, actionem, quam contra Titium habeo, possum hypothecare meo creditori, habebitque haec hypotheca hunc effectum, ut possit creditor meus utili actione agere contra Titium ad id quod mihi debet, eodem modo ac si vendidissem alicui actionem, quam contra Titium habeo, nempe, ut dictum fuit sub *tit. de heredit. vel act. vend.*, quando alicui actionem vendo, olim emptor agere non poterat contra debitorem meum, nisi ipsi concessissem, seu eam ipsi mandassem; quo casu agebat mea actione tanquam procurator meus, qualis procurator vocatur *procurator in rem suam*, quia nempe actione alterius agit in propriam utilitatem. Postea autem receptum est, ut, qui actionem emisset, posset agere etiam sine mandato venditoris: fuit nempe emptori data utilis actio, qua suo nomine agat, idque ad exemplum ejus, quod divus Pius de emptore hereditatis statuerat (*L.* 16 *ff. de pactis*, *L.* 8 *cod. de hered. vel act. vend.*). Hoc autem semel receptum in emptore actionis ulterius extensum fuit ad eum, cui actio pignori data esset, ut et is posset utili actione agere contra debitorem (*d. L* 4 *cod. h. t.*, *et L.* 7 *cod. de hered. vel act vend.*), ita tamen, ait Imperator in *d. L.*, ut creditor per istam utilem actionem non possit plus petere quam ipsi debetur ab eo, qui actionem hypothecavit, nec etiam plus quam debet ille, adversus quem actio est. Itaque si 100 tibi debens hypothecem tibi actionem, quam contra Titium habeo ad 200, non plus a Titio petere potes quam 100; et contra si actio contra Titium tantum sit ad 80, non plus petes quam 80. Itaque actione hypothecae data, censetur actum inter creditorem et debitorem ut creditor, si ei non solvatur, possit agere contra eum, contra quem actio est, non ut vendere eam debeat; longe enim commodius est utrique, ut creditor ipse actione hypothecaria agat, quam ut eam vendere debeat; quare leges dederunt creditori utilem actionem contra eum, contra quem est actio ista hypothecata. Sed numquid debitor, qui actionem hypothecavit, poterit hypothecam inutilem reddere, exigendo nempe debitum a debitore suo, item ipse debitor contra quem actio est, poterit solvere ei qui actionem hypothecavit, et sic extinguere actionem, adeoque et hypothecam? Contra hoc paratum habet remedium: nempe creditor poterit denuntiare debitori ne solvat ei cui debet, post quam denunciationem, si solvat ei, non liberabitur (*L.* 4 *cod. h. t.*), ubi dicitur quod is, cui actio hypothecata est, possit utili actione agere contra debitorem, nisi is nondum certior factus solvisset, sic satis insinuatur quod si solvisset postquam certioratus esset, non evitaret utilem actionem: sed qualis est ista utilis actio, quae datur creditori, cui actio hypothecata est, contra eum adversus quem ista actio est? Plurimi, inter quos Huberus, contendunt esse utilem hypothecariam; sed omnino dicendum quod non habeat aliam actionem contra eum, quam utilem personalem, talem nempe, qualis erat actio directa quae competebat pignoranti, ut si v. g. actio venditi hypothecata sit, aut actio mutui, detur creditori utilis actio venditi, vel ex mutuo contra emptorem vel mutuatarium: id patet ex eo quod, ut constat ex *d. L.* 4 *et* 7 *eod.*, haec utilis actio sit introducta ad exemplum actionis utilis, quam emptor actionis habet: jam autem actio, quam emptor actionis habet, est utilis personalis; nempe si vendam tibi actionem ex mutuo mihi competentem, habes utilem actionem ex mutuo. Praeterea actio hypothecaria datur contra eum tantum, qui possidet rem hypothecatam, adeoque hic dari debet contra eum, qui actionem mihi hypothecatam quasi possidet; jam autem debitor, adversus quem est ista actio, nullo sensu potest dici possidere vel quasi possidere actionem, quae contra eum competit; quando enim tu 100 debes, non tu possides actionem ad 100, sed creditor tuus, vel is in quem creditor tuus eam transtulit, sicque non videtur creditori posse competere hypothecaria, nequidem utilis, contra eum adversus quem est actio hypothecata. Quid jam si creditor, cui actio hypothecata est, egerit utili actione contra eum, adversus quem erat ista actio, et ab eo consecutus sit quod debebat? Si esset debitor pecuniae, pecuniam quam ab eo percepit debet imputare in id, quod sibi debetur ab eo, qui actionem hypothecavit; ut enim diximus, quando actio hypothecatur, videtur tacite actum ut creditor exigat debitum, adeoque ut ex eo sibi satisfaciat. Quod si actio illa non tenderet ad pecuniam, sed ad aliam rem v. g. equum, rem, quam mediante actione consecutus est, retinebit creditor loco pignoris, donec ei solvatur; cum enim pecunia ipsi debeatur, licet in hypotheca actionis conventum videatur, ut exigat rem debitam, non tamen hoc actum videtur, ut rem exactam cum pecunia sibi debita compensare debeat, quia res cum pecunia non compensatur; itaque actum videtur ut, postquam exegerit rem, eam retineat pignoris loco (*L.* 18

Digitized by Google

ff. de pign. act., *L.* 13 § 2 *ff. de pign. et hyp.* versu *sed posset dubitari*, in quo versu J. C. tractat de actinne hypothecata).

TITULUS IV.

QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR, ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

§ I. Materia hujus tituli.
§ II. Du hypotheca fisci privilegiata in causa primipitari.
§ III. De hypotheca quam habet is, qui credit in militiam emendam.
§ IV. Do hypotheca mulieri competento.
§ V. An mulier praeferatur omnibus creditoribus hypothecariis anterioribus etiam conventionalibus.
§ VI. Do hypotheca quam babet is, qui credidit in rem aliquam reficiendam, cum pacto ut ea sibi hypothecaretur.
§ VII. Itom da ea quam habet is, qui credidit in rem emendam, cum pacto ut sibi hypothecaretur.
§ VIII. Quid si quis crediderit ut solvatur pratium rei emptae.
§ IX. Utrum hypotheca, quam habet fiscus in bonis eorum qui tributa ei debent, vel in houis eorum quibuscum contraxit, privilegiata sit.
§ X. Quid da hypotheca pupillorum et minorum.
§ XI. Qoid si duobos simul eadem res pignori data sit.
§ XII. Quid si successivo.
§ XIII. Ao regula *qa; prior est tempore, potior est jure* etiam ohtinet, si uni generalis, alteri specialis hypotheca constituta sit.
§ XIV. Casus quibus distractio potius ab una, quam alia re incipienda sit.
§ XV. Quis praefertur, si res primo creditori sub conditiono, secundo pure hypothecata sit, existento conditione.
§ XVI. Exponitur casus *L.* 1 *ff. h. t.*
§ XVII. Item *L.* 9 § 2 *ff. h. t.*
§ XVIII. Si duobus successive hypothecaverim amnia mea bona, quid in bonis futuris obtinebit.
§ XIX. A regula § precedente proposita excipitur fiscus.
§ XX. De jure secundo creditori competente.
§ XXI. Exponitur *L.* 16 *ff. h. t.*
§ XXII. Quando secundus creditor solvit primo, an consequitur prioritatem etiam pro usuris summae exsolutae.
§ XXIII. Casus qno prior creditor videtur in proprium locum succedere.
§ XXIV. An sicuti posterior creditor solvendo priori creditori in ejus locum succedit, ita ot extraneus.
§ XXV. Si tertius possessor conveniatur et eligat potius solvere quam hypothecam cedere, an succedot in locum ejus pro quo solvit.
§ XXVI. Quid fuerit creditoris pignus ementis a debitore in eo pignus retinere, cum emptione dominiom nactus sit.

§ I.

Sub hoc titulo tractatur de casibus, ubi eadem res pluribus est hypnthneata, ut quaeritur quis inter illos sit potinr, seu quis praeferatur in hypotheca: nempe quamvis duo in solidum non possint esse domini ejusdem rei, possum tamen duobus eandnm rem hypothecare; scilicet dominium est jus dispnnendi de re aliqna prnut libet, hoc autem jus duobus in solidum competern nequit, jus nnim unius impediret jus alterius; sed hypotheca ad securitatem datur, nil autem implicat qunminus duo vel plures securitatem in eadem re babeant. Inter illns autem, quibus eadem res hypothecata est, sunt quandoque creditnres qui hypothecam privilegiatam habent, hiqun praeferuntur nmnibus aliis creditnribus non privilegiatis in eadem re hypotheeam habentibus, licet illis ante ipsos res hypothncata sit, inin inter privilegiatos certus etiam nrdo servatur, ita ut inter privilegiatos alii aliis praeferantur. Ordo antnm ille videtur esse qualis in §§ *seqq.* nxponetur.

§ II.

Primo loco est *fiscus in causa primipilari*; habet enim hypothecam in omnibus bonis debitnris sui pro hac causa, et in ea praefertur reliquis nmnibus creditoribus. *Primipilus* autem apud Romanns vncatur primus cnnturin legionis, apud quem cura erat tntius annonan militaris istius legionis, pecuniarumque militibus distrihuendarum. Publica ergn utilitas pnstulavit, ut bona istius centurionis prn administratinnn illarum rerum essent fiscn nbligata, haberetque fiscus praelationem in illis ante nmnes alins creditnres. Id cnnstat ex *L.* 3 *cod. de primipilo*, ubi dicitur, quod mulier non possit hypothecaria actione avncare fundum sibi pro dntn obligatum (supponitur nempe conventum fuisse, ut fundus aliquis pro restitutione dotis nbligatus esset, nam tempore istius legis mnlier nondum hypothecam legalem habebat pro sua dote, haec enim tantum ei data est per Justinianum), nisi postquam satisfactum est fisco nb causam primipili, quia utilitas publica praeferenda est privatorum cuntractibus; quae ratin satis insinuat idem esse, licet supponeretur fundum mulieri a maritn obligatum fuisse, antequam primipilarem causam gereret, ita ut ibi satis decidatur fiscum in illa causa praeferri aliis creditoribus, licet hypothecam anteriorem habentibus.

§. III.

Secundn lnco venit illn, *qui credidit in militiam emendam*, et pactus est, ut militia illa sibi hypothecata esset: hoc probatur ex *nov.* 97 *cap.* 4, ubi Justinianus decidit num praeferri mulieri in hypotheca, quam habet prn restitutinne dntis. Nomine autem *militiae* hic veniunt functiones, quibus quis operam suam navat principi vel reipublicae in rebus ad publicam administrationem spectantibus, quarum pleraeque in commercin erant, et vendi poterant. Caeterum non videtur hoc extendendum ad hodierna officia venalia, non enim haec similia sunt militiis, de quibus loquitur imperator: eui

accedit quod venalitas officiorum odiosa sit, sicque non videtur quod si quis hodie pecuniam credat ad officium emendum, cum pacto ut in hoc officio hypothecam habeat, ille praeferendus esset aliis creditoribus.

§ IV.

Tertio loco venit *mulier*; ei enim non tantum hypothecam pro restitutione dotis suae concessit Justinianus in omnibus bonis mariti, sed ulterius voluit, ut in ea hypotheca praeferretur omnibus creditoribus mariti, licet eorum hypotheca anterior foret (*L. ult. cod. h. t.*). Hinc aliqui inferunt mulierem etiam in causa primipilari fisco praeferri, sed id dici non posse videtur; nam certum est quod de jure veteri fiscus in hac causa omnibus praelatus fuerit; non est autem verosimile quod Justinianus id jus abrogaverit, qui non solet jus vetus abrogare, nisi cum magna verborum pompa. Itaque licet generaliter dicat mulierem omnibus aliis etiam anterioribus praeferri, cum tamen de fisco mentionem non faciat, non videtur jus fisci abrogare.

Obj. *nov.* 97 *cap.* 4, ubi dicitur quod mulier ei soli cedere debeat, qui credidit in militiam emendam Si ei soli cedere debeat, ergo, inquiunt, non debet cedere fisco. Sed Ṛ. *cap.* 4 illud relationem habet ad *cap.* 3; nempe cum in *cap.* 3 dictum esset mulierem non debere cedere ei, qui pecuniam credidit ad aliquam rem emendam, subjicitur exceptio in *cap.* 4 pro eo, qui credidit ad militiam emendam, sicque, dum dicitur illi soli mulierem cedere debere, vult imperator quod illi soli ex illis, qui pecuniam crediderunt ad rem emendam, mulier cedere debeat; adeoque per illa verba iterum non abrogatur jus fisci, sed illi tantum excluduntur, qui in aliam rem quam militiam emendam crediderunt.

§ V.

Alia quaestio hic occurrit, an mulier in hypotheca sua praeferatur omnibus creditoribus hypothecariis anterioribus, etiam conventionalibus? Plures cum Donello contendunt, quod tantum praeferatur creditoribus, qui habent hypothecam legalem anteriorem, non autem illis qui hypothecam conventionalem anteriorem habent. Sed dicendum est quod etiam his praeferatur: nempe Justinianus in *L. ult.* § 1 *cod. h. t.* generaliter ait mulierem praeferri omnibus mariti creditoribus, *licet anterioris sint temporis privilegio vallati*. Itaque generaliter eam praefert mariti creditoribus, sine distinctione an habeant conventionalem hypothecam, an tacitam tantum seu legalem. Probatur ulterius ex *nov.* 97 *cap.* 3, ubi Justinianus ait mulierem praeferri ei, qui in domum emendam vel reficiendam credidit; atqui tamen qui in domum reficiendam credit, praefertur omnibus aliis in ea domo hypothecam habentibus, sive habeant tacitam, sive expressam, etiam illis qui jam ante hypothecam in ea re habebant; ergo cum mulier huic praeferatur, etiam his praeferenda est.

Obj. quod Justinianus in *L. ult. cod. h. t.* tantum praeferat mulierem illis, qui habent anteriorem hypothecam legalem, non vero illis, qui anteriorem conventionalem habent; ait enim omnibus creditoribus mariti eam praeferri, *licet anterioris sint temporis privilegio vallati*; atqui, inquiunt, qui anteriorem conventionalem habent, non sunt vallati privilegio aliquo, sed jure suo posterioribus praeferuntur; ergo illa verba non possunt intelligi de anterioribus conventionalibus, sed legalibus tantum, seu illis, qui ex speciali privilegio legis hypothecam habent. Ṛ. quod Imperator non dicat mulierem praeferri aliis creditoribus, licet privilegio hypothecae vallati sint, sed licet *temporis privilegio* vallati sint, ita ut vox *privilegium* non officiat hypothecam. sed tempus; vult ergo quod mulier praeferatur illis, licet privilegio temporis, seu prioritate temporis antecedant mulierem: sic non est hic quaestio tantum de illis, qui hypothecam legalem habent, sed de omnibus illis, qui anterioritate temporis gaudent, quam anterioritatem imperator privilegium vocat, et ita vox *privilegium* sumitur etiam in *L.* 10 *ff. h. t.*

Dicunt ulterius, quod quidem admitti possit mulierem praeferri creditoribus anterioribus habentibus legalem hypothecam, quatenus nempe jus, quod a legibus est concessum, facilius adimitur, quam id quod ex conventione quaesitum est; ideoque aliud dicendum esse de creditoribus habentibus antiquiorem conventionalem; imo iniquum esse jus, quod nobis ipsis per conventionem quaesitum est, nobis auferri. Ṛ. Imprimis, quod non adimatur hypotheca anterioribus creditoribus, sed tantum illi postponantur mulieri, acquisiverant quidem illi creditores jus, ut praeferrentur omnibus aliis creditoribus, qui post eos in eadem re hypothecam acquirerent, sed cum hac exceptione, nisi posteriores tales essent, qui hypothecam privilegiatam haberent: talem autem imperator esse voluit hypothecam mulieris, credidit nempe publice interesse mulieres dotes suas salvas habere, eaque ratio, et aliae quas allegat in *d. L. ult.*, visae fuerunt ipsi sufficientes, ut mulieribus tale privilegium daret: an autem revera sint sufficientes. nostrum non est inquirere; sufficit quod illis rationibus motus imperator sic statuerit. Quantum ad disparitatem, quam allegant inter jus a lege quaesitum, et conventionem, quod nempe hoc difficilius tollatur quam illud, hoc et nos fatemur: sed inde tantum sequitur difficilius imperatorem potuisse statuere, ut mulier hypothecariis conventionalibus praeferretur, quam ut legalibus; sed inde non sequitur

quod imperator utrumque statuere non potuerit, vel quod utrumque revera non statuerit.

Caeterum quoad hoc privilegium praelationis adhuc notandum, quod tantum locum habeat, quando ipsa mulier dotem repetit, vel ejus liberi, qui ei heredes existunt, non vero quando extranei heredes mulieris dotem ex ejus capite repetunt.

Quod si quis duas uxores habuerit, et ab utraque dotem acceperit, liberi prioris uxoris praeferentur secundae uxori, ambo enim hypothecam aeque privilegiatam habent; cum itaque liberi ex prima uxore sint tempora potiores, ratione temporis sunt praeferendi secundae uxori (*L. ult.* § 1 *cod. h. t.*, *nov.* 91 *cap.* 1).

§ VI.

Quarto loco venit ille, *qui credidit in rem aliquam reficiendam*, cum pacto ut in ea re hypothecam habeat, nisi agatur de refectione domus, nam tunc etiam sine pacto hypothecam in domo haberet, ut ante diximus. Hic autem, qui sic credidit in rem reficiendam, praefertur omnibus aliis in eadem re hypothecam licet anteriorem habentibus (*L.* 5, *et* 6 *ff. h. t.*); ex hac ratione, quod pecunia ejus fecerit causam pignoria aliorum salvam, praeservavit nempe rem ab interitu, qui si contigisset, alii suam hypothecam amisissent; itaque aequum visum est ut illis praeferretur. Hinc etiam si plures successive in eandem domum reficiendam credant v. g. unus hodie, alter post aliquot annos, ultimus semper praeferetur, quoniam semper verum est dicere, quod ejus pecunia reddat pignus aliorum salvum.

§ VII.

Similem praeferentiam habet ille, *qui credit in rem emendam*, modo pactum adjiciat, ut hypothecam in ea habeat, alias enim hypothecam non haberet, excepto casu, ubi res foret empta nummis pupilli; nam huic sine pacto hypotheca competeret; quod etiam specialiter favore pupillorum statutum est (*L.* 6 *cod. de servo pignori dato*). Itaque si hypothecam in omnibus Titii bonis habeas, et ego credam pecuniam Titio ad fundum emendum, cum pacto ut hypothecam in eo habeam, quamvis tu hypothecam in eo fundo in dominium Titii redacto acquiras, ego tamen tibi praeferar; etenim si ego pecuniam non credidissem, fundus ille nunquam in ejus patrimonium intrasset, sicque tu nunquam in eo hypothecam acquisivisses, et sic pecunia mea efficit, ut tu hypothecam in eo acquireres; aequum ergo putarunt leges, ut ego in illa hypotheca tibi praeferrer. Caeterum si ego pecuniam tibi crediderim ad rem aliquam emendam cum pacto hypothecae, et postea unus alter credat tibi in eandem rem reficiendam, illo, licet posterior tempore, praeferetur mihi, ut enim jam diximus, ejus pecunia reddit hypothecam meam salvam.

§ VIII.

Quid si jam inde emisses rem, traditaque tibi esset, cum autem pretium nondum solveris, credam tibi pecuniam ut pretium solvas, an praeferar aliis creditoribus, qui forte hypothecam generalem in tuis bonis habent? Distinguendum est, an creditor habuerit fidem de pretio, an non: priori casu, cum dominium in te esset translatum, antequam pretium solveres, mea pecunia non effecit ut res illa in patrimonium tuum intraret, nec ut creditores tui in ea hypothecam acquirerent, sic non est ratio cur iis praeferri debeam. Quando autem venditor non habuit fidem de pretio, cum tunc dominium rei per traditionem in te translatum non sit, sed tunc tantum transeat, quando pretium solveris, mea pecunia effecit ut dominium in te transiret, utque creditores tui in ea hypothecam acquirerent, adeoque hoc casu eis in hypotheca illius rei praeferar.

§ IX.

An hypotheca, quam fiscus habet in bonis eorum, qui tributa ei debent, item in bonis eorum quibuscum contraxit, privilegiata est, seu an in ea praefertur aliis creditoribus hypothecam habentibus? ℟. negative; nullibi enim hoc privilegium ei datum legitur, imo in *L.* 8 *ff. h. t.* evidenter dicitur, privatos homines habentes hypothecam anteriorem fisco praeferri, item in *L.* 22 § 1 *ff. de jure fisci*.

Nec obstat *L.* 2 *cod. de privilegio fisci*, ubi fiscus praefertur mulieri, si ante eam habuerit hypothecam; nam tempore istius legis, quae est imperatoris Antonini, mulier nondum habebat hypothecam privilegiatam pro sua dote, imo nec hypothecam habebat, nisi de ea convenisset, sic non mirum quod eo tempore fiscus ei praeferretur, juxta regulam *qui prior est tempore, potior est jure*.

Quod attinet *L.* 1 *cod. si propter publicas pensitationes*, ubi dicitur, rem a fisco venditam ob tributorum cessationem non posse avocari per creditores, qui in ea hypothecam habent, lex illa intelligenda videtur de creditoribus, quorum hypotheca posterior erat hypotheca fisci.

§ X.

Major est dubitatio circa hypothecam legalem, quam habent pupilli et minores in bonis tutorum et curatorum suorum, an illa privilegiata sit? Constat quidem ex *L.* 19 *ff. de rebus auct. jud. possid.*, pupillos et minores praeferri aliis creditoribus, seu esse privilegiatos, sed videtur hoc tantum

spectare ad privilegium personale, vi cujus reliquis creditoribus chirographariis praeferuntur; ex quo non sequitur eos fuisse praelatos creditoribus hypothecariis, nisi probetur quod tempore *digestorum* pupilli et minores jam inde haberent hypothecam legalem in bonis tutorum et curatorum; itaque questio videtur pendere ab eo, an tempore jurisconsultorum, quorum scripta in *digestis* habentur, pupilli et minores habuerint hypothecam legalem? Et videntur illo tempore jam inde habuisse hypothecam legalem; est quidem verum quod nulla lex antiquior reperiatur, in qua evidenter decidatur eos hypothecam habere, quam *L.* 20 *cod. de administrat. tutorum*, quae lex est Constantini, qui diu post J. C. vixit; sed notandum quod in illa lege Constantinus non det illis hanc hypothecam, sed decidat tantum eos habere, *ita* ut supponat eam ipsis datam esse per leges, quae ante ipsum latae erant. Per rescripta autem non solent imperatores jus novum constituere, sed tantum respondere de jure quod jam est; quando enim novum jus condunt, hoc per edictum faciunt, quod ad totum populum dirigitur. Praeterea habemus adhuc *L. unic cod. rem alien. gerentibus*, quae est rescriptum DD. Severi et Antonini, qui tempore J. C. vixerunt: in ea dicti imperatores rescribunt quod non sit prohibitum tutoribus vel curatoribus, licet jam inde judicio tutelae condemnati sint, *cum sua causa res suas alienare*, et ex eo inferunt, *potuit ergo curator tuus fundum suum cum suo onere obligare*. Sic videntur supponere bona tutorum vel curatorum esse affecta pupillis.

Fortiter tamen in contrarium urget Voetius ad *tit. in quibus causis etc. num.* 9., idque argumentis minime spernendis, quem vide.

§ XI.

Haetenus de privilegiatis. In aliis autem creditoribus, quibus eadem res hypothecata fuit, servatur regula quod *qui prior est tempore, potior est jure*. Sed quid, si duobus simul eodem tempore eadem res hypothecata sit? Siquidem hoc actum sit, ut cuique pars rei hypothecata foret, non est quaestio inter eos de prioritate, siquidem tunc non habeant hypothecam in eadem re, sed unus in una parte rei, alter in altera; itaque quisque partem sibi hypothecatam auferre potest per actionem hypothecariam a quocumque possessore, eamque distrahere. Quod si utrique in solidum tota res pro suo respectivo debito hypothecata sit, quisque potest solidam rem avocare a quocumque possessore; quisque enim in solidum tunc eam hypothecatam habet. Si tamen alteruter eorum possideat rem hypothecatam, et alter agat contra eum ad avocandam, possessor eum repellet per exceptionem, dicendo quod etiam res sibi hypothecata sit, nempe cum neuter altero prior sit, ambo aequali jure gaudent; in pari enim causa melior est conditio possidentis (*L.* 10 *ff. de pign. et hyp.*).

Sed quid si duobus simul eadem res hypothecata sit eodem tempore, nec expressum sit an pro parte cuique, an in solidum obligaretur? Illam quaestionem non decidit J. C. in *d. L.* 10; ait enim simpliciter, quod si duobus simul res hypothecatae sint, *ita ut utrique in solidum obligatae essent*, quisque in solidum possit agere. *Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem* (*par utilem* intelligit *efficacem*) *competere*, per quam quisque pro parte sibi hypothecata agat; itaque non decidit quid in dubio actum dici debeat, an ut in solidum, an ut pro parte res hypothecata sit. Similiter in *L.* 16 § 8 *ff. de pign. et hyp.* eam quaestionem non decidit; in fine enim quaerit quomodo quisque eorum, quibus res hypothecata est, agat, et ait utrumque recte in solidum agere, *si hoc actum sit*; sin minus, id est si contrarium sit actum, quemque pro parte tantum agere posse; itaque iterum non videtur decidere quid in dubio actum videri debeat. Quid ergo dicendum? Putamus quod, dum res pluribus simul hypothecae datur, nec exprimitur an in solidum cuique tota res, an vero pars rei uni, pars alteri hypothecetur, videatur in dubio actum, ut cuique in solidum res hypothecata sit; scilicet ordinarium est ut, qui in solidum dominus est alicujus rei, eam etiam in solidum hypothecet, et rarum est quod tantum partem pro indiviso ejus rei hypothecet; cum ergo duobus simul eandem rem hypotheceo, possitque utrique in solidum hypothecata esse, censeor utrique in solidum eam hypothecasse, nisi aliud exprimam.

Huic tamen obstare videtur *d. L.* 16 § 8, ubi sic dicitur: *si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque hypothecam obligatam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum*; quibus verbis videtur decidi non esse rem utrique in solidum hypothecatam. Sed notandum quod J. C. in illis verbis non tractet quaestionem, an quisque hypothecam habeat in tota re, an in parte tantum, hanc enim quaestionem tractat in fine §; verum in verbis citatis tractat quaestionem, quomodo quisque obligatam habeat rem, quoad divisionem pretii ex ejus venditione redacti; nempe si forte hypotheca vendatur, an pretium aequaliter dividere debeant, an vero juxta proportionem ejus quod cuique debetur, et decidit pretium dividendum esse, non ita ut quisque medietatem habeat, sed observata proportione ejus, quod cuique debetur, hocque intelligit, dum dicit, et *magis est ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum*: scilicet in supposito, quod pretium ex venditione redactum non sufficiat pro debito utriusque, multum interesse posset an quisque medietatem accipere debeat pre-

Digitized by Google

tii redacti, an vero pro rata debiti: v. g. debeo Titio 3000, Maevio 1000, eisque simul fundum hypotheco: ex venditione autem illius fundi redigunt 2000: si aequaliter dividere deberent, quisque acciperet 1000, sicque Maevius totum haberet quod sibi debetur: ubi, si observaretur proportio debitorum, Titius ex illis 2000 caperet 1500, Maevius 500, quoniam Titio pro summa triplo majori hypothecatus est fundus quam Maevio. Itaque ex pecunia redacta recipiet triplo plus; idque est quod decidere vult J. C. in verbis citatis. Itaque patet quod re sic duobus hypothecata, licet utrique tota res hypothecata sit, atque eatenus pares sint, respectivo tamen ad divisionem pretii ex venditione fundi redacti, sit observanda proportio debitorum, quae ipsis debebantur: nempe si uni plus debebatur quam alteri, tota res est ei hypothecata pro majore debito quam alteri, adeoque certe inter eos actum est, ut ex pretio redacto majorem etiam portionem ferat.

Quod attinet *L.* 20 § 1 *ff. de pign. act*, ubi dicitur quod, si pluribus simul res hypothecata sit, aequalis omnium causa sit; ex quo videtur sequi quod pretium aequaliter, seu pro partibus dimidiis dividere debeant; dicendum quod ibi, dum dicitur aequalem omnium causam esse, id intelligendum sit respective ad jus hypothecae, quatenus cuique solida res hypothecata est; vel si quis hoc velit intelligere de causa aequali respective ad divisionem pretii ex venditione redacti, dicendum quod per aequalitatem non intelligat ibi, quod aequis partibus dividere debeant, sed quod intelligatur aequalitas geometrica, ut nempe servetur proportio ejus, quod cuique debetur.

§ XII.

Hoc de casu, quo simul eodem tempore res duobus hypothecata est: quod si successive, tunc, ut diximus, is, cui priori fuit hypothecata, praefertur, ex hac ratione, quod statim ac res alicui hypothecata est, is acquisiverit jus illam avocandi a quocumque possessore, eamque distrahendi: hoc autem jus debitor ei auferre nequit eandem rem uni alteri hypothecando, quod tamen fieret, nisi prior secundo praeferretur.

Non obstat quod si duobus rem vendam, non praeferatur is, cui primo vendidi, sed cui primo tradidi, sic si tibi rem vendam, postea autem eandem rem Titio vendam et tradam, Titius praefertur tibi in illa re, nec poteris eam ab ipso avocare. Nam disparitas est, quod emptor nullum jus reale in ista re acquirat sine traditione, sic non mirum quod ille, cui res vendita et tradita est, praeferatur ei cui tantum est vendita; sed in hypotheca, nudo pacto sine traditione acquiritur jus reale. Itaque si tibi rem obligem, postea autem eandem rem obligem Titio, eique tradam, praeferri debes Titio, cum jus reale in ista re acquisiveris ante ipsum, licet res nunquam tradita fuerit (*L.* 12 § *ult. ff. h. t.*).

Caeterum notandum quod, dum dicimus priorem tempore praeferri in hypotheca, non intelligamus eum praeferri, cujus debitum est antiquius, sed enim cui priori res hypothecata est. Sic v. g. si debeam tibi 1000 a pluribus annis, incipiamque hodie Titio debere 100, eique hypothecem meum fundum, postea autem eundem fundum tibi hypothecem, Titius tibi praeferetur in hypotheca; nempe quamvis tuum debitum sit antiquius, Titius tamen in isto fundo ante te hypothecam acquisivit (*L.* 12 § 2 *ff. h. t.*).

Notandum etiam quod, si priori creditori res hypothecata fuerit pro pecunia, quae ipsi debebatur sub usuris, ille non tantum praeferatur aliis, quibus eadem res postea pignorata est, quoad sortem sibi debitam, sed etiam quoad usuras sortis, imo non tantum quoad illas usuras quarum dies venit, antequam res secundo hypothecetur, sed etiam quoad illas quarum dies postea veniet (*L.* 18 *ff. h. t.*).

Quod si fundum hypothecem Titio pro 1000, tunc eundem hypothecem Maevio pro 1000, et tunc iterum Titio pro aliis 1000, quae postmodum ipsi debui, licet hic Titio fundus sit hypothecatus pro 2000, non tamen pro 2000, Titius praefertur Maevio, sed pro 1000 tantum; nempe Titius acquisiverat quidem hypothecam in illo fundo ante Maevium, sed pro 1000 tantum, et idem fundus pro aliis 1000 fuit Titio hypothecatus post Maevium. Itaque pro posterioribus 1000 Titius Maevio postponetur; et ita si fundus ille vendatur, ex pecunia redacta primo 1000 solventur Titio, deinde 1000 Maevio, et si quid restet, id capiet Titius (*L* 12 § 3 *ff. h. t.*).

§ XIII.

Haec regula, quod *prior tempore praeferatur*, etiam habet locum, si uni constituta sit hypotheca generalis, alteri specialis. Sic si mihi hypothecam constitueris in omnibus tuis bonis, postea autem specialiter fundus Titio hypothecetur, ego in hypotheca istius fundi Titio praeferar. Nempe vi hypothecae generalis habeo hypothecam in singulis tuis rebus, eodem modo ac si singulae nominatim hypothecatae fuissent, adeoque in fundo illo ante Titium hypothecam acquisivi: imo liberum mihi est, si mihi non solvatur, incipere a venditione illius fundi, nec cogar incipere ab aliis rebus tuis; nam vi hypothecae generalis mihi constitutae, aequale jus in singulis rebus tuis accepi, quod jus non potuisti mihi auferre per hypothecam, quam postea Titio constituisti (*L.* 2 *ff. h. t.*, *L.* 6 *cod. eod.*)

Nec ad rem facit quod dicatur, in toto jure ge-

neri per speciem derogari, adeoque per hypothecam specialem, quam postea Titio constituuti, restrictam videri esse hypothecam meam generalem; nam illa regula tonc tantum vera est, quando nemini adhue jus quaesitum est in siogulis speciebus generi subjectis : sic si legem Titio omnes servos meos, et postea Maevio legem Stichum, Titio debebuntur omnes mei servi, excepto Sticho, quia per posterius legatum derogavi generi, quod Titio legaveram, quod faecre poteram, quoniam Titio nondum jus quaesitom erat ad legatum, vivo enim testatore legatum nullo sensu adhue debetur; sed in casu nostro priori ereditori erat jam inde jus reale quaesitum in singulis rebus debitoris, vi hypothecae generalis, quae res singulas afficit. Sic non potest debitor, singulam rem postea obligando, eam eximere ab hypotheca, qua priori tenetur.

§ XIV.

Quod tamen diximus, eum, eni hypotheca generalis data est, posse incipere a distractione rei quam vult, etiam ejus, quae postea specialiter alteri obligata est, exceptionem admittit; nempe si inter eum et debitorem tacite vel expresse aetum sit, ut deberet incipere a distractiooe certarum rerum, nec posset alias distrahere, nisi priores non sufficerent. Itaque si tibi generalem hypothecam dem, et conveniam ut, si non solvam, vendas primo fundum Tusculanum, postea autem Titio hypothecae dem Sempronianum, debebis primo vendere fundum Tusculanum, et ita demum ad venditionem fundi Semproniani, aut aliarum rerum poteris procedere, si tuum debitum non redegisti ex pretio fundi Tosculani. Idem est, si dem tibi hypothecam in fundo aliquo, conveniamque ut caetera mea bona sint tibi obligata casu, quo iste fundus non sufficiat; talisque videtur esse species Papiniani in *L.* 2 *versu quod si ff. h. t.*, ubi pro *generaliter*, cum Cujacio legendum videtur *specialiter*; nempe deciditur ibi quod, si tibi certam rem hypothecae dederim, et ultarius convenerim ut in eaeteris meis bonis hypothecam habeas sub conditione, si illa res non sufficiat, deinde aliqua res postea alteri hypothecaverim, *deficiente secunda conventione*, idest deficiente conventione, sub qua eaetera mea bona tibi hypothecavi, secondus non tam potior in rebus sibi hypothecatis, quam solus inveniatur; quoniam nempe tu in illis bonis hypothecam non habes, in supposito quod res tibi specialiter hypothecata sufficeret.

Potest etiam taeite agi inter ereditorem et debitorem, ut creditor incipere debeat a distraetione certarum rerum; hoc autem tacite actum censetur, quando specialiter fundum tibi hypotheco, et postea, cum forte hypotheca ista contentus non esses, do tibi hypothecam generalem. Tunc autem illa posterior tantum data censetur in subsidium prioris, ut ita demum ad distractionem aliar rum possis procedere, si fundus, quem tibi liter hypothecavi, non sufficiat.

Idem est dum, postquam tibi hypothe omnibus meis bonis constitueram, ulterius minatim fondum hypotheco; vel quaodo datione generalis hypothecae convenit, ut fundus sit tibi specialiter hypothecatus: nemp tune actum videtur, ut primo illum fundu dere debeas, antequam alia mea bona dist et sic si unam ex aliis rebus meis postea Ti pothecem, hane to vendere non poteris, n dus tibi specialiter hypothecatus non su (*L.* 2 *cod. de pign. et hyp.*). Ratio ante hoc tacite actum censeatur, est qnod jam hy cam generalem in omnibus meis bonis hab cujus singulae res tibi hypothecatae sunt: per conventionem, quam postea inivimus, aliqua specialiter tibi hypothecata sit, vel d bet nibil actum esse, quod non posset admit actus agentium, quando possuot, semper i interpretandi ut aliquem effectum habeant; ei debet per eam renuntiatum esse hypoth reliquis bonis, quod etiam dici neqoit, cum si tae interpretationis renuntiatio. Restat ergo camus per eam hoc actum esse, ot creditor re debeat a distractione rei specialiter sibi thecatae.

§ XV.

Quid jam si primo rem sob conditione, eandem secundo pure hypothecem, et dein stat conditio, sub qua primo eam hypotheca quis praeferetur? Si primo hypothecaveri conditione casuali respectu mei, seu tali, quae invito me impleri possit, seu quae noo est i state mea, ea existeote, primus praeferetur se (*L.* 9 § 1 *ff. h. t.*); ratio est quod, quando sub tali conditione initur, ea existente, hal ac si ab initio pure fuisset initus; sicque in existente conditione sub qua primo rem hy cavi, videtur ab initio pore res ei hypothecat se: jam autem si ab initio hypothecam pur cepisset, certe potior esset secundo.

Obs. In matrimooio aliud obtioet. R. In monio non potest conditio retrotrahi, quia d conjux simul esse conjunetus duobus.

Aliud est, si primo hypothecam dederim s li conditione, quae non nisi mea voluntate i potest; talis enim conditio non retrotrahitur, stea existat, scilicet quando sub conditione, in mea potestate est, alicui obligo, ea ex obligabor quidem, sed non videbor ab initi gatus fuisse; nam antequam existeret conditi in potestate mea an obligarer, oecne. Non autem obligatio, dum in potestate debitoris obligetur; nam obligatio est juris vinculum quis invitus adstringitur, sicque existente co

ne, non possum videri ab initio fuisse obligatus, seu in id tempus quo adhuc pendabat a me an essem obligatus. Itaque, si fundum primo hypothecem pro 1000, quae mihi crediturus est, postea, antequam credat, eundem fundum secundo hypothecem pro summa quam ei debeo, licet postea primus eredat pecuniam, secundus tamen in hypotheca erit potior; etenim primo fundus fuit tantum hypothecatus sub conditione, si mihi 1000 crederet: erat autem in mea potestate illa 1000 in creditum accipere, vel non; cum ergo primus illa 1000 crediderit tantum postquam secundo res jam hypothecata fuerat, secundo postponitur (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 4 *ff. quae res pign. vel hyp. datae etc.*). Sic etiam si fundum conducam, et conveniam, ut quaecumque in eum inferam, obligata sint pro mercede conductionis, et postea aliquas res Titio hypothecem, deinde eas inferam in fundum conductum, erunt quidem locatori obligatae res istae, sed locatori praeferetur Titius; etenim quando convenio ut res, quas inferam, hypothecatae sint, illae non aliae sunt hypothecatae, quam sub conditione *si eas inferam*: pendet autem a me an et quas res inferam. Sic hypotheca est contracta sub conditione, quae non nisi me volente impleri potest; is autem, cui sub tali conditione res hypothecatae sunt, postponitur ei, qui ante existentiam conditionis pure hypothecam in illis rebus accepit (*L.* 11 § 2 *ff. h. t.*).

§ XVI.

Huc spectat etiam casus *L.* 1 *ff. h. t.* Maritus, cui dos promissa erat, in ejus securitatem fundum suum hypothecaverat, numeraturque ei pars dotis v. g. medietas. Postea maritus hypothecat fundum eundem Maevio pro alio debito, et deinde alteram medietatem dotis sibi promissae accipit. Quaerebatur an is, cui fundus pro restitutione dotis hypothecatus erat, praeferatur Maevio pro tota dotis quantitate, an vero pro medietate tantum? Prima facie respondendum videbatur, cum tantum praeferri pro medietate dotis, quia nempe, antequam Maevio fundus hypothecaretur, medietas tantum dotis numerata erat, adeoque maritus tantum pro medietate dotis restituendae obligatus erat; sic cum ad residuam partem incoeperit tantum teneri, postquam Maevio fundus jam inde hypothecatus esset, videbatur creditor dotis pro residua quantitate Maevio postponendus; pro ea enim quantitate fundus tantum fuit hypothecatus sub conditione si eam acceperit, adeoque cum videatur esse in potestate mariti an accipere velit residuam quantitatem, videtur esse conditio, quae nonnisi volente debitore impleri potest, qualis conditio non retrotrahitur, ut diximus. Decidit tamen Papinianus creditorem dotis praeferri Maevio pro tota dotis quantitate, etiam pro illa parte, quae marito numerata tantum fuit, postquam Maevio fundus hypothecatus erat, idque ex hac ratione, quod non sit in potestate mariti recusare dotem aut partem dotis sibi promissae: nempe dos non datur in favorem solius mariti, sed vel maxime etiam in favorem mulieris, ad quam, soluto matrimonio, dos reverti plerumque solet.

Nec obstat quod in *d. L.* 1 is, qui dotem dabat, pactus esset ut sibi redderetur soluto matrimonio; nam non exprimitur ibidem an in omnem casum pactus esset ut sibi redderetur, et, supposito quod in omnem casum pactus esset, adhue interest mulieris ut dos detur, ut possit nempe maritus commodius familiam sustentare, et ne tam facile mulier repudietur; cum enim repudia apud Romanos essent licita, facilius mulieres indotatae a maritis repudiabantur: sic cum dos non respiceret favorem solius mariti, non erat in potestate ejus recusare numerationem residuae dotis, atque ita, licet fundus tantum esset hypothecatus pro ista residua parte sub conditione si numeraretur, non erat tamen conditio, quae erat in potestate mariti, adeoque ea existente, videtur ab initio fundus pro restitutione totius dotis fuisse obligatus; sicque is, qui dotem dedit, praeferri debet ei, cui postea fundus hypothecatus fuit.

Nec obstat quod dum quis dotem promittit marito, possit maritus eam acceptoferre (*L.* 49 *ff. de jure dotium*); nam hoc faciendo, nullo modo nocet mulieri, quatenus ut J. C. in illa lege dicit, habeatur tunc ac si dotem sibi promissam accepisset; acceptilatio enim pro solutione est, sicque soluto matrimonio, maritus debet restituere dotem eodem modo ac si accepisset; sed si posset maritus ita dimittere dotem sibi promissam, ut ipse obligatus non foret, seu ut haberetur ac si numerata non esset, jam per hoc mulieri noceret; et ideo Papinianus recte in illa lege respondet id non licere marito.

§ XVII.

Huc quoque spectat *L.* 9 § 2 *ff. h. t.* Casus est: erat tibi legatum sub conditione relictum; ea pendente, heres in securitatem istius legati hypothecat tibi fundum: dein eundem fundum Titio hypothecat, et postea conditio tui legati existit. Decidit Africanus te praeferri Titio in hypotheca, quod tamen satis singulare videtur; etenim conditio retrotrahitur quidem in actibus inter vivos, item si adjecta sit institutioni heredis, ut probat *L.* 14 § 3 *quando dies legati cedit*, et *L.* 16 *ff. de statulib.*, et quamvis is, cui sub conditione ex contractu debetur, aliquo modo sit creditor etiam ea pendente, legatarius tamen conditionalis ante existentiam conditionis nullo modo creditor est (*L.* 42 *ff. de obligat. et act.*); itaque legatarius, cui pendente conditione hypotheca datur, acquirit tan-

tam hypothecam existente conditione, et sic cum jam ante existentiam conditionis Titio in illa re hypotheca data fuerit, dicendum videtur Titium debere praeferri: bis tamen non obstantibus, praetor in casu tuetur legatarium: nempe, dum alicui legatum relictum est, potest ille petere ab heredo, ut caveat eum fidejussoribus se soluturum legatum, legatarius hic fuerat contentus eum hypotheca, et remiserat cautionem fidejussoriam, quam exigere poterat, sic certe durum esset, si deciperetur legatarius, propterea quod heres postea eandem rem hypothecaret; hinc praetor aequitate motus praetulit legatarium, secutus in hoc mentem legum civilium, quae sollicitae admodum fuerunt, ut omnibus modis consultum esset legatariis, in tantum ut statuerint legatarios mittendos esse in possessionem bonorum defuncti, imo etiam heredis, casu quo heres satisdare non vellet (*toto tit. ff. ut in possess. legator. vel fideic.*): cui accedit, quod in casu heres gravatus legato conditionali promiserit se id soluturum, si conditio extitisset, sic hypotheca accesserat obligationi ortae ex promissione heredis. Est quidem verum quod cautio, quam haeres praestat pro legato conditionali, sequatur naturam legati, adeo ut si conditio legati deficiat, deficiat etiam cautio (*L.* 1 § 14 *ff. ut legator. et fideicomm.*); sed tamen in hoc puncto specialiter placuit, ut si conditio legati existeret, eadem conditio eum cautione retrotraheretur ad hunc effectum, ut si pro illa promissione seu cautione hypotheca data fuisset, ea videretur acquisita fuisse a die cautionis praestitae.

§ XVIII.

Quid jam si duobus hypothecam generalem in omnibus meis bonis dederim? Quoad bona, quae mea jam inde erant tempore, quo secundo hypothecam generalem dabam, certe primus praefertur; in aliis vero bonis ambo pares erunt, nec primus secundo praefertur: ratio est quod in hypotheca generali bona futura sint hypothecata sub conditione tacita *si ea acquiram*, quae conditio certe in mea potestate est, adeoque juxta jam dicta non retrotrahitur, sicque non videtur creditor in illis hypothecam habuisse ab initio, sed tantum a momento quo ea acquisivi. Eodem autem modo secundus creditor in illis bonis hypothecam acquisivit, nam et ipsi hypothecata erant bona futura sub eadem conditione, et sic utrique eodem momento hypotheca in illis bonis acquiritur, adeoque ambo pares sunt. Huc facit *L.* 7 § 1 *ff. h. t.*, ubi supponitur quod tibi in omnibus meis bonis hypothecam constituerim, dein Titio hypothecaverim certum fundum sub conditione *si dominium ejus acquiram*, dicitque quod, si postea illum fundum emam, traditumque accipiam, uterque in hypotheca istius fundi concurrat, iterum ex eadem ratione, quod eodem momento uterque in isto fundo hypothecam acquirat.

§ XIX.

Quod tamen diximus utrumque ex creditoribus, quibus hypotheca generalis successive constituta fuit, concurrere in bonis futuris, exceptionem patitur, si posterior sit fiscus; nam is praefertur in bonis post suum contractum quaesitis aliis creditoribus hypothecam generalem anteriorem habentibus; quamvis enim hypotheca fisci, quam pro suis contractibus habet, privilegiata non sit, ut ante diximus, eatenus tamen privilegiata est, ut, si quis omnia sua bona obligaverit, dein cum fisco contrahat, fiscus praefertur in bonis post suum contractum quaesitis, non vero in bonis antea quaesitis (*L.* 28 *ff. de jure fisci*).

Huic tamen obstare videtur *L. ult. ff. h. t.*, ubi supponitur quod, eum Titius Sejae condemnatus esset actione tutelae, omnia sua bona obligaverit, dein contraxerit cum fisco, postea Titius partem debiti solverat Sejae, et pro reliqua parte novationem fecerat, in qua denuo obligaverat omnia sua bona (notandum autem quod, ut postea dicemus, quando debitum novatur, et in novatione pignus repetitur, non amittatur prioritas, sicque Seja in casu manserat semper prior fisco): decidit autem Scaevola quod Seja praeferatur fisco, non tantum quoad bona quae Titius jam inde habebat, tempore quo ei omnia sua bona hypothecabat, sed etiam in bonis postea acquisitis, quod videtur omnino contrarium *d. L.* 28. Sed R/. quod dum Scaevola dicit Sejam praeferri etiam in rebus, quas Titius post priorem obligationem acquisivit, intelligat tantum illas res, quas Titius acquisivit, postquam Sejae ex tutela condemnatus erat, ante tamen quam eum fisco contraxerit, ita ut in illis verbis non comprehendat bona, quae post contractum cum fisco initum acquisivit; nisi enim ad ista bona restringamus verba Scaevolae, directe contradiceret J. C. in *d. L.* 28, qui ibidem expresse ait fiscum in bonis postea quaesitis praeferri.

§ XX.

Hactenus vidimus quis ex pluribus creditoribus in eadem re hypothecam habentibus praeferatur. Favor autem prioritatis consistit in eo, quod possit ille, qui prior est, rem hypothecatam avocare a quocumque possessore, etiam ab eo, cui posteriori loco hypothecata est, possitque hypothecam vendere cum extinctione omnium posteriorum hypothecarum, ita ut res libera transeat ad emptorem, et ex pretio retinere usque ad concurrentiam ejus quod sibi debetur. Sic patet multo meliorem esse conditionem ejus, cui priori loco res est hypothecata, quam aliorum. Unde delinquit debitor,

Digitized by Google

qui rem jam inde alicui hypothecatam alteri hypothecat, neo admonet eum, quod res alteri jam inde hypothecata sit, hocque delictum vocatur *stellionatus*. Non ideo tamen inutile est secundo vel ulteriori loco rem hypothecatam habere; nam potest etiam ille rem avocare a quocumque possessore, excepto primo creditore, et exceptis illis, in quos per primum creditorem res translata est: praeterea potest ille, qui secundo vel ulteriori loco rem hypothecatam habet, eam vendere, si debitum ei non solvatur cum extinctione omnium hypothecarum subsequentium, non tamen earum, quae tempore sunt priores.

Ulterius leges dederunt jus secundo vel ulteriori creditori solvendi priori creditori, ita quidem ut prior creditor id recusare nequeat, quo facto, posterior creditor succedit in locum prioris, quoad quantitatem debiti soluti. Sic, si res hypothecata sit Titio pro 1000, dein Maevio pro 1000, et tandem Cejo etiam pro 1000; si Maevius 1000, quae Titio debentur, ei solvat, in ejus hypothecam quoad ista 1000 succedit, adeoque jam praefertur Cajo pro 2000. Quod si Cajus Titio 1000 ei debita solvat, quoad ista 1000 in locum Titii succedet, adeoque quoad illa praeferetur Maevio, quoad reliqua vero 1000, pro quibus ab initio hypothecam habuit, Maevio postponetur, quia tantum subintravit in jus Titii pro 1000 ei solutis. Caeterum ubi Cajus Titio solvit, et in ejus locum subintravit, posset iterum Maevius ei solvere debitum, ratione cujus est prior, et sic in ejus locum subintrare; hoc enim jus omni posteriori creditori competit.

§ XXI.

Huc spectat casus *L.* 16 *ff. h. t.*, qui hic est. Claudius Felix eundem fundum tribus successive hypothecaverat, primo Eutychianae, deinde Turboni, et tertio loco tertio creditori. Cum lis orta esset inter Eutychianam et tertium creditorem super prioritate, et Eutychiana forte de jure suo non recte doceret, victa fuerat a tertio creditore, et ab illa sententia non appellaverat, adeoque sententia transiverat in rem judicatam. Postea lis oritur inter Turbonem et tertium creditorem super prioritate, vultque tertius praeferri Turboni ex eo, quod vicerit Eutychianam tempore potiorem Turbone: contendit tertius se etiam esse potiorem Turbone; et ita revera judex inter tertium et Turbonem judicaverat, a qua sententia Turbo appellaverat. Quaerebatur an recte? Et respondit Paulus, tertium, ex eo quod Eutychianam vicerat, non ideo debere vincere Turbonem, licet Turbo fateatur se esse posteriorem Eutychiana. Praecipua ratio dubitandi erat, quod judicatum esset tertium esse potiorem Eutychiana, et quod res judicata pro veritate habeatur; jam autem si verum esset tertium esse potiorem tempore Eutychiana, certe etiam potior esset Turbone. Sed reflectit Paulus rem judicatam haberi quidem pro veritate, sed id tantum verum esse quoad eos, inter quos res judicata est, non vero quoad alios; regula enim est rem judicatam aliis quam litigantibus non nocere, nec prodesse; adeoque licet inter Eutychianam et tertium creditorem judicatum sit tertium esse potiorem Eutychiana, illa tamen sententia nullo modo praejudicare potest Turboni, qui illi judicio non interfuit, et de cujus jure actum non fuit; sicque, si Turbo paratus sit docere se esse potiorem tertio, non obstante sententia audiri debet.

OBJ. quod Eutychiana vincat Turbonem, et quod tertius jam vincat Eutychianam; ergo tertius etiam Turbonem vincere debet, nam, ut dici solet, qui vincit vincentem te, vincit te. ℟. Quod dicitur eum, qui vincit vincentem te, etiam te vincere, hoc tunc verum est, quando quis vincit alterum eadem ratione, seu eodem medio, quo ille alter te vincit: sic qui tempore potior est eo, qui te tempore vincit, etiam te vincere debet tempore. Sed hoc non contingit in nostro casu, in quo est diversa ratio vincendi; nempe Eutychiana vincit Turbonem ratione temporis; tertius autem vincit Eutychianam non ratione temporis, sed ratione sententiae, quam reportavit contra Eutychianam; et licet forte per illam sententiam declaratum fuerit tertium priorem esse tempore Eutychiana, id tamen non habetur pro veritate respectu Turbonis.

OBJ. Si tertius creditor solvisset Eutychianae, praeferretur Turboni; ergo etiam, cum Eutychianam vicerit, videtur praecedere debere Turbonem. ℟. Disparitas est quod, quando tertius solvit Eutychianae, quoad summam solutam surrogetur in ejus locum, ejusque jus acquirat: sic cum Eutychiana Turboni praeferatur, non mirum quod tertius quoad summam Eutychianae solutam etiam Turboni praeferatur. Sed in nostro casu tertius contra Eutychianam agendo, non hoc egit ut in ejus jus succederet: econtra contendebat se potius jus habere Eutychiana, et judex decidendo ipsum esse potiorem, non transtulit in eum jus Eutychianae, sed tantum declaravit ejus jus esse potius jure Eutychianae; judex enim, praeterquam in judiciis divisoriis, numquam jus tribuit per suam sententiam, sed tantum declarat jus, de quo erat controversia. Praeterea dum tertius creditor per solutionem Eutychianae factam succedit in ejus locum, et ita Turboni praefertur, nulla huic fit injuria, nam tantum is praefertur pro quantitate debiti Eutychianae soluti. Sed in nostro casu, si tertius praecedere deberet Turbonem, Turboni magna injuria fieret; nam cum Eutychiana nondum dimissa sit, ipsa adhuc praecedit Turbonem, etiam tertius eum praecederet, sicque sententia inter Eutychianam et tertium lata magnum praejudicium Turboni afferret.

Sed qualem exitum res habebit, si tertius non praecedat Turbonem? Hunc, ponamus quod Eutychiana fundum hypothecatum possideat, poterit tertius illum fundum ab ea avocare, vi sententiae quam contra eam obtinuit; si autem illum avocet, poterit Turbo eum avocare a tertio, dicens se esse priorem tertio, nec rem inter tertium et mulierem judicatam sibi nocere: quod si Turbo eum avocet a tertio, poterit Eutychiana eum avocare a Turbone, dicens se esse potiorem Turbone, et tunc iterum tertius eum poterit avocare ab Eutychiana, et sic consequenter. Hoc incommodum evitabitur, si Turbo solvat Eutychianae pecuniam quae ei debetur, nam tunc Eutychiana utpote dimissa non poterit amplius fundum ab eo avocare; vel poterit tertius solvere Eutychianae, quo casu succedet in jus Eutychianae, et sic, cum Eutychiana potior esset Turbone, non poterit Turbo fundum ab eo avocare; vel tandem poterit Eutychiana solvere tertio, quo casu non poterit amplius fundus per tertium avocari. Quod si nullus alteri solvere velit, poterit fundus distrahi officio judicis, et pecunia ex ejus venditione redacta ita dividetur, ut Turboni non noceat sententia inter Eutychianam et tertium lata. Ponamus v. g. quod Eutychianae fundus hypothecatus sit pro 3000, Turboni pro 1000, et tertio pro 1000: fundo vendito, separabuntur ex pretio 3000 Eutychianae debita, ex quibus tertio dabuntur 1000, vi sententiae quam reportavit contra Eutychianam, et reliqua 2000 dabuntur Eutychianae: tunc Turbo capiet 1000, et tunc, si aliquid adhuc supersit, id capiet Eutychiana usque ad 1000, quae adhuc illi debentur. Vel ponamus quod Eutychianae debeantur 1000, Turboni 2000, tertio etiam 2000: fundo vendito, ex pretio separabuntur 1000 pro Eutychiana, quae 1000 tertius vi sententiae auferet; tunc Turbo capiet sua 2000, et tunc tertius alia 1000 quae adhuc ei debentur, residuumque capiet Eutychiana in solutionem 1000 sibi debitorum.

§ XXII.

Diximus quod posterior creditor solvens priori, non tantum pro suo debito rem hypothecatam habeat, sed etiam pro summa primo creditori soluta; imo etiam pro usuris illius summae, quam solvit, ait Papinianus in *L.* 12 § 6 *ff. h. t.*, rem hypothecatam esse, non tamen pro usuris usurarum; idemque deciditur in *L.* 22 *cod. de pign. et hyp.* Ponamus quod primo creditori debeantur 1000 sub usuris, quae ego secundus creditor ei solvo, et ulterius 400 pro usuris, res mihi jam hypothecata erit non tantum pro debito, pro quo mihi antea hypothecata erat, sed etiam pro 1400, quae solvi primo creditori; imo etiam pro usuris illorum 1000, quae in futurum current: ratio est quod primo creditori res hypothecata esset non tantum pro illis 1000, sed etiam pro eorum usuris, sicque, cum ego debitorem ab hoc debito liberaverim, aequum est ut in jus primi creditoris etiam quoad usuras in futurum succedam.

Sed numquid fundus est etiam mihi hypothecatus pro usuris 400, quae ratione usurarum primo creditori solvi, id negatur in *dd. LL.* et recte: nempe debitor primo creditori debebat quidem 1000 sortis nomine, et 400 pro usuris; sed ratione illorum 400 nunquam debuisset usuras primo creditori, quoniam illa non constituebant capitale, seu sortem, sed tantum tanquam usurae sortis debebantur. Usurae autem nunquam pariunt usuras, imo prohibitum est pactum ut usurae usurarum praestentur; sicque ego solvendo primo creditori, liberavi quidem debitorem ab usuris ratione 1000 quae debebat, sed non ratione 400, quae nunquam usuras peperissent apud primum creditorem, et consequenter nec ego usuras istorum 400 possum exigere.

Obj. Illa 400, quando primo creditori debebantur, erant quidem debita ut usurae, et sic apud eum non poterant parere usuras; sed ubi ego primo creditori tota 1400 solvi, tota illa 1400 constituunt apud me unicum capitale, ita ut 400, quae ratione usurarum solvi, aeque principaliter mihi debeantur ac 1000, quae pro sorte solvi, proinde videntur illa 400 apud me posse parere usuras; sic si mandatarius vel negotiorum gestor solvat pro altero 1000, et 400 ratione usurarum, poterit consequi usuras ratione totorum 1400. R. quod primus creditor nunquam usuras istorum 400 sibi pro usuris debitorum potuisset consequi; ergo cum ego ei solvendo successerim tantum in ejus locum, non est aequum ut ego usuras ratione istorum 400 consequar. Est quidem verum quod tota 1400, quae solvi, mihi aeque principaliter debeantur, et quod 400 illa non debeantur mihi ut usurae, sed constituunt apud me unicum capitale cum aliis 1000; sed ex eo nihil aliud sequitur, quam quod illa 400 possent apud me parere usuras, si aequitas sufficiens adesset, non vero quod debeantur: et certe nulla aequitas exigit ut debeantur. Quod attinet mandatarium et negotiorum gestorem, qui pro absente 1400 solvit, ille non succedit in locum creditoris cui solvit, sed extinguit debitum quod solvit, et novam obligationem creat, obligat nempe absentem sibi ad id quod solvit; cumque unice solvat contemplatione absentis, aequum est ut totius summae quam solvit usuras consequatur, in supposito quod ipse potuisset lucrum facere ex sua pecunia, vel quod debuerit pecuniam mutuam sumere sub usuris. Sed secundus creditor solvens priori succedit tantum in jus prioris, et consequenter cum prior ratione 400 nunquam potuisset usuras consequi, nec secundus poterit, quoniam ille non solvit contemplatione debitoris, vel animo ejus negotium gerendi, sed unice sui contemplatione: nem-

Digitized by Google

pe ne prior creditor distrabat hypothecam, et sic hypothecam secundi extinguat. Haoc rationem allegat etiam Papinianus in *d. L.* 12 § 6 in verbis, *non enim negotium alterius gessit*, *sed magis suum*.

§ XXIII.

Non tantum posterior creditor solvens priori in ejus locum succedit, sed quandoque etiam ipse prior in suum proprium locum succedit, quod contingit quando suum debitum novat, et in novatione hypothecam repetit: scilicet, si v. g. Titio fundum hypothecaverim pro 1000, dein Maevio, postea autem cum Titio novationem faciam, seu debitum illud 1000 transfundam in aliud debitum, si in ista novatione non exprimamus fundum pro eo novo debito hypothecatum iri, per illam novationem Titius amittet suam hypothecam; per novationem enim extincta est prior obligatio, et consequenter hypotheca. Sed si in novatione exprimamus quod Titius sit habiturus hypothecam eandem, quam habebat pro veteri obligatione, jam hypothecam suam retinebit, imo retinebit etiam suum locum, seu manebit potior Maevio, sicuti erat ante novationem (*L.* 3, *L.* 12 § 5 *ff. h. t.*).

Ratio dubitandi erat quod prior obligatio, pro qua fundus fuerat Titio hypothecatus, per novationem fuerit extincta; novatio autem facta fuit postquam Maevius jam inde hypothecam acquisivisset: sin licet in novatione prior hypotheca fuerit repetita, videbatur tamen Titius Maevio postponendus. Decidit tamen Papinianus in *dd LL.* Titium manere priorem; nempe cum in ipsa novatione fuerit conventum, ut Titius hypothecam suam retineret, fundus nunquam desiit ei teneri, adeoque cum prior hypotheca post novationem ei manserit, retinet prioritatem: praeterea Titius istam novationem faciendo, novam illam obligationem surrogavit in locum prioris, adeoque cum convenerit ut hypothecam retineret, successit in illud jus, quod vi prioris obligationis habebat.

Notandum tamen quod, si per novationem major summa debita sit Titio quam ex veteri obligatione, non habeat prioritatem ratione totius novi debiti, sed tantum usque ad concurrentiam veteris debiti.

§ XXIV.

Vidimus quod posterior creditor jus habeat solvendi priori, et ita succedendi in ejus locum pro quantitate debiti soluti. Hoc autem jus solus posterior creditor, cui in eadem re hypotheca constituta est, habet; hinc extraneus, qui hypothecam non habet, si solvat creditori hypothecario, non subintrat in ejus jus, nec hypothecam acquirit, nisi creditor jus suum ei cedat, imo nequidem cogere potest creditorem ut jus suum cedat. Ratio quare leges hoc potius jus dederunt posteriori creditori quam extraneo, est quod posterior creditor solvens priori velit damnum a se avertere, vult enim hypothecam, quam habet, conservare; sed extraneus qui solvit creditori hypothecario, non habebat antea hypothecam; sic non solvit ut eam conservaret, sed tantum ut acquireret hypothecam. Sic non erat aequitas sufficiens pro extraneo, ut debuerit ei jus dari subintrandi in locum creditoris inviti.

§ XXV.

Quod si creditor hypothecarius conveniat tertium hypothecae possessorem, isque eligat solvere debitum potius quam cedere rem hypothecatam, an solvendo, succedet in hypothecam? R. negative, nisi ipsi cessa fuerit hypotheca. Caeterum si paratus sit solvere, potest petere a creditore ut ei jus suum cedat, et si cedere nolit, potest eum repellere exceptione doli (*L.* 19 *ff. h. t.*).

Sicuti extraneus, qui solvit creditori hypothecario, non subintrat in ejus jus, nisi desuper cum eo pactus sit, ita etiam ille qui pecuniam credit debitori, ut ex ea solveret creditori suo, in creditoris hypothecam non succedit, licet ex ea pecunia debitor revera solvisset creditori, nisi pactus esset, ut in ejus jus succederet, per *L.* 1 *cod. de his qui in prior. creditor.*, et *L.* 3 *ff. quae res pign. vel hypoth.*, in qua dicitur *quod non aliter in jus pignoris succedat*, *nisi convenerit ut sibi eadem res esset obligata*, additque J.C., *quo casu emptoris conditio melior efficitur*; quibus verbis videtur respicere ad casum, ubi quis rem hypothecatam emit a debitore, et convenit ut debitor ex pretio solveret priori creditori; ille nempe emptor succedit in hypothecam prioris creditoris, imo licet de eo pactus non sit, modo tamen revera ex illa pecunia debitor creditorem dimiserit.

Hoc de emptore deciditur in *L.* 3 *eod. de his qui in prior. credit.*, item in *L.* 17 *ff. h. t.* Sed quare potius emptor, qui rem hypothecatam emit a debitore ea lege, ut ex pretio dimitteretur creditor, in ejus jus subintrat, licet de hypotheca non sit pactus, quam ille qui pecuniam credit debitori, ut ex ea solvat creditori? Ratio est quod qui emit a debitore rem alteri hypothecatam, acquirat ejus dominium, sic certat de jure suo dominii conservando; ille autem qui credit pecuniam debitori, ut solvat creditori hypothecario, in ea re hypothecata nullum jus habet, sic non certat de jure aliquo retinendo, sed de acquirendo; facilius autem leges concedunt ut quis suum jus retineat, quam ut novum acquirat. Cui accedit quod, cum emptor equidem acquirat dominium hypothecae quam emit, nil intersit debitoris an emptor in re empta hypothecam acquirat, necne, inde leges si-

ne ullo pacto dant hypothecam emptori. Sed dum quis credit pecuniam debitori, ut ex ea solvatur creditori hypothecario, leges non voluerunt ei hypothecam dare sine consensu debitoris, cum hic interesse debitoris versetur, qui adhuc est dominus istius rei: verbo, quod quis in certis casibus succedat in hypothecam alterius, absque eo quod pactus sit ut succedat, hoc est privilegium a legibus datum, quod tantum dederunt in illis casibus, ubi aequitas id postulat: aequitas autem id postulat in emptore, non ita in eo qui pecuniam debitori credit.

§ XXVI.

Sed quid interest ejus, qui rem hypothecatam a debitore emit, an in ea acquirat hypothecam vel non, cum dominium acquisiverit? Multum sane; potest enim res illa pluribus hypothecata esse, quo casu posteriores creditores per actionem hypothecariam rem ab emptore avocare possent, si emptor hypothecam non haberet; per illam tamen venditionem non solvitur vinculum hypothecae posterioris, sed tantum hoc emptori tribuitur, ut adversus posteriores creditores agentes hypothecaria possit se defendere, dicendo se esse potiorem. Caeterum si posterior offerat emptori pecuniam, quae priori creditori debebatur, poterit ab eo fundum avocare; posterior enim creditor priori invito solvere potest, et tunc rem ab eo avocare; idque in specie proposita decidit *L.* 3 § *1 ff. de distract. pignor*.

Obstare videtur quod emptor dominium acquisiverit, et sic quod non possit in ea re hypothecam habere, cum in re propria hypothecam nemo habeat. Sed de hoc videbimus sub tit. *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*.

In *L.* 12 § 9 *ff. h. t.* proponit J. C. quod fundum Tusculanum Titio, dein Maevio hypothecaverim, et tibi fundum Sempronianum; ulterius quod tu mihi permiseris vendere fundum Sempronianum, ut ex pretio ejus solverem Titio, cum pacto ut in jus Titii succederes. Decidit quod, si eum pretio ex venditione fundi Semproniani redacto solvam Titio, tu in jus ejus succedas, et praeferaris Maevio in fundo Tusculano; nempe si mihi pecuniam credidisses ut eam ea Titio solverem, pactusque esses ut in jus Titii succederes, certe succederes, et Maevio praeferreris: ergo etiam dum permisisti mihi rem tibi hypothecatam vendere, ut ex pretio ejus Titio solverem, succedere debes; nam et hoc casu pecunia, quam Titio solvo, quodammodo a te proficiscitur; si enim voluisses, potuisses efficere ne istam pecuniam ab emptore consequerer, avocando nempe rem ab emptore tanquam tibi hypothecatam, quo casu emptor statim me convenisset de evictione; itaque res hic fere eodem loco habetur, ac si mihi dedisses pecuniam ut Titio solverem.

TITULUS V.

DE DISTRACTIONE PIGNORUM ET HYPOTHECARUM.

§ I.

Casu quo creditori non solvatur id, pro quo res pignori vel hypothecae data fuit, potest creditor eam vendere; ad hunc enim finem pignus vel hypotheca datur, in tantum ut jus vendendi sit de essentia pignoris vel hypothecae, ut adeo necesse non sit id jus in hypothecae datione exprimere; nam hoc satis clare agitur, dum pignus vel hypotheca datur, sicque creditor rem vendens, eam vendere videtur ex mandato debitoris, cui, dum de pignore conveniebat, mandatum hoc dedisse censetur ut, si non solveret, creditor rem venderet. Potest autem eam vendere etiam invito debitore, nec venditionem faciendam debitor impedire potest, nisi offerat totum debitum cum usuris; imo licet partem solveret, adhuc in totum creditor hypothecam vendere posset; pro nulla enim parte liberatur pignus vel hypotheca, nisi totum debitum sit solutum; et adeo si vel minima pars restat solvenda, pro ea parte tota res obligata manet, adeoque tota vendi potest (*L.* 2 *cod. h. t.*); et sic etiam posterior creditor impedire nequit quominus hypothecam vendat, nisi ipsi offerat totum, pro quo res ei hypothecata est (*L.* 3 *cod. si antiquior creditor.*). Potest etiam posterior creditor pignus vel hypothecam vendere, illis scilicet casibus, quibus debitor eam vendere potest. Sunt enim quidam casus, ubi ipse debitor eam vendere nequit, v. g. si res mobilis specialiter sit hypothecata, quo casu furtum facit, si eam vendat (*L.* 76 *ff. de furtis*). Nempe cum debitor, non obstante hypotheca quam

Digitized by Google

dedit, retinuerit jus eam vendendi, et dominium in emptorem transferendi, etiam id jus debet habere ille, cui secundo loco res hypothecata fuit; debitor enim in eum transtulit jus quod habebat. Caeterum venditio per posteriorem creditorem facta nullum praejudicium affert priori creditori, retinebit enim ille hypothecam suam in re vendita, poteritque per actionem hypothecariam rem avocare ab emptore (*L.* 1 *ff. h. t.*)

§ II.

Non potest creditor pignus vendere, antequam exigere possit debitum, pro quo pignus datum est: sic si in diem tibi debeam, et pignus dederim, ante diem adjectum pignus vendere non potes. Sic etiam, si, cum 100 tibi deberem sub pignore, pactus sim ne ante certum tempus illa 100 peteres, ante illud tempus non poteris pignus vendere; ante enim debitum illud cum effectu exigere non potes, et, ut ait J. C. in *L.* 4 *ff. h. t.*, per hoc pactum videmur convenisse, ne ante id tempus pignus venderes.

§ III.

Huc spectat *L.* 8 § 3 *ff. de pignorat. act.*, ubi supponitur quod a te 30 stipulatus sim annua, bina, trina die, id est primo anno 10, secundo 10, tertio 10. Pro hac obligatione pignus mihi dedisti, et convenimus ut id vendere mihi liceret, *nisi sua quaque die pecunia soluta esset*. Cum primo anno nihil solvisses, quaerebatur an pignus vendere possem? Et decidit J. C. non posse me pignus vendere, antequam omnium pensionum dies venerit, seu antequam dies transierit, quo ultima pensio solvi debet, ex hac ratione quod verbis, quibus usi fuimus, omnes pensiones demonstrentur: nempe particula *quaque* collective sumitur, et unam quamque pensionem afficit, ut sensus sit posse pignus vendi, si primo, secundo et tertio die sua respectiva pensio non sit soluta, adeoque, ut haec conditio existat, debent omnes tres dies praeteriisse.

Obj. quod ubi debitor in prima pensione solvenda fuit negligens, verum sit dicere pecuniam isto die solutam non esse, adeoque videatur existere conditio; licet enim reliquas pensiones exacte solvat, non poterit tamen amplius efficere, ut sua quaque die pecunia soluta fuerit, sicque videtur creditor a momento primae cessationis pignus distrahere posse. ℟. Dum in prima pensione debitor cessavit, verum quidem fuit dicere *pecuniam sua quaque die solutum non iri*, sed non est verum dicere *eam sua quaque die solutam non esse*, quia quaeque dies nondum praeteriit, itaque exspectari debet ultimus dies, et tunc vendi poterit, si in una pensione solvenda cessaverit; nam licet duas reliquas exacte solverit, verum tamen tunc erit dicere pecuniam sua quaque die solutam non esse. Itaque huic conventioni non tantum conditio inest, sed etiam dies, nempe dies uniuscujusque pensionis, ut adeo dies ultimae pensionis existere debeat, antequam pignus vendi possit. Eodem modo si promittam tibi 100, sub conditione *si Stichum kalendis non solvom*, licet Stichus mortuus sit ante kalendas, adeoque jam certum sit me non posse dare Stichum, non poteris tamen me convenire, nisi elapsis kalendis; nam tunc tantum certum est *Stichum kalendis datum non esse* (*L.* 8 *ff. de verb. oblig.*).

Quid si convenisset ut, si qua pecunia sua die soluta non fuisset, pignus vendere liceret? Jam juxta J. C., debitore non solvente prima die pensionem, statim creditor vendere pignus posset; particula enim *qua* non collective afficit omnes pensiones, sicut particula *quoque*, et debitore in prima pensione cessante, verum est dicere aliquam pecuniam sua die solutam non esse, adeoque, juxta verba conventionis, pignus vendi potest.

§ IV.

Quando creditor pignus vel hypothecam vult vendere, debet prius debitor esse in mora solvendi, adeoque creditor debet prius interpellare debitorem, et tunc si non solvat, propria auctoritate rem vendere potest. Quando autem res est apud debitorem vel apud tertium possessorem, necesse habet creditor per actionem hypothecariam a possidente eam avocare, nec propria auctoritate eam occupare potest (*L.* 14 *cod. h. t.*, *L.* 10 *cod. de pign. et hyp.*); imo Justinianus in *L. ult.* § 1 *cod. de jure dominii impetrando*, postquam dixerat ea, quae de venditione pignorum inter debitorem et creditorem conventa sunt, servanda esse, videtur statuere ut, si nil super distractione conventum sit, creditor non tantum interpellare debeat debitorem antequam vendat, sed ulterius debeat biennium elapsum esse post interpellationem vel sententiam. Ulterius debet creditor bona fide et solemniter vendere, ut ait *L.* 9 *cod. h. t*, itaque ita vendere debet, ut bonus paterfamilias suam rem venderet (*L.* 14 *ff. de pign. act.*). Praeterea monere debet debitorem, quandonam res sit vendenda, eamque venditionem faciendam publice notam facere, et rem per auctionem publicam vendere (*L.* 4 *cod. h. t.*): haec ita jure Romano. Moribus nostris non licet creditori propria auctoritate hypothecam vendere, sed opus est decreto, quo obtento, judicis auctoritate vendenda exponitur.

§ V.

Quod si neglectis quae observari debebant, vel fraudulenter creditor rem vendiderit, poterit debitor contra eum agere ad id quod sua interest;

item poterit agere contra emptorem, ut rem cum fructibus restituat, si modo emptor istius fraudis fuerit particeps (*L.* 3 et 4 *cod. si vend. pign. agatur*); ut tamen constat ex *d. L.* 3, item ex *L.* 1 *cod. eod.*, non alias debitor contra emptorem, licet fraudis participem, agere potest, quam si priua egerit contra creditorem, et ab eo suum interesse consequi non potuerit. Ulterius ex *dd. LL.* consist quod, dum debitor rem avocat ab emptore fraudis participe, debeat ipsi offerri pretium pro quo emit, alias emptor eum repellet exceptione doli mali. Nempe hoc pretium, quod emptor creditori solvit, liberavit debitorem, sic fuit versum in utilitatem debitoris, adeoque, nisi hoc pretium restitueret emptori, lucrum faceret cum jactura ejus. Quod si ponamus creditorem non tantum mala fide vendidisse, sed eum nullum jus habuisse vendendi, jam sine distinctione debitor rem suam vindicare potest ab emptore (*L.* 2 *cod. si vend. pignore agatur*), modo tamen iterum pretium ei offeratur, pro quo emit, quoniam iterum hoc pretium debitori profuit.

§ VI.

Ubi autem creditor pignus vendit, imprimis debitor illud emere nequit, nemo enim rem suam emere potest (*L.* 40 *ff. de pign. act.*). Nec etiam creditor illud emere potest, ipse enim est qui vendit; implicat autem ut quis sit venditor et emptor simul. Hinc si creditor per interpositam personam rem emerit, seu aliquem supposuerit, qui simularet se emere, et tunc postea ei traderet, venditio nulla erit, poteritque debitor rem a creditore avocare, oblato ei debito, eodem modo ac si talis venditio non fuisset peracta (*L.* 10 *cod. h. t.*). Aliud foret, si sine ulla fraude creditor revera alteri rem vendidisset; licet enim tunc postea ab emptore eam emeret, debitor eam avocare non posset: licet autem creditor rem hypothecatam emere non possit, quando ipse jure creditoris vendit, nil tamen implicat quominus a debitore eam emat; tunc enim non est venditor et emptor simul (*d. L.* 10 *cod. h. t.*, *L.* 12 *ff. h. t.*). Caeterum hoc casu non extinguuntur hypothecae eorum, qui posteriori loco in illa re hypothecam habent; quamvis enim primus creditor vendendo rem hypothecas posteriores extinguat, eae tamen non extinguuntur quando ipse debitor eam vendit, licet priori creditori eam vendat; debitor enim non habet jus rem vendendi, nisi cum onere hypothecarum ei impositarum (*L.* 1 *cod. si antiquior creditor.*). Similiter potest creditor hypothecam emere, si non ejus, sed judicis auctoritate res vendatur, tunc enim non ipse vendit, sed judex vendere videtur ad ejus instantiam; unde tunc si emat, non erit venditor et emptor simul (*L.* 2 *cod. si in causa judicati*). Unde sequitur quod, cum hodie hypothecae semper judicis auctoritate distrahantur, nihil impediat quominus ipse creditor rem sibi hypothecatam emat in publica auctione.

§ VII.

Quando hypothecam creditor vendidit, ejus dominium in emptorem transfert, licet dominus non fuerit; a debitore enim jus vendendi et dominium transferendi accepit. Hinc venditionem a creditore rite factam irritare nequit debitor, nec rem venditam ab emptore avocare, licet ei offerat debitum, pro quo res hypothecata fuit, vel pretium quo eam emit (*L.* 2 *cod. si antiquior creditor*). Tunc etiam si prior creditor vendiderit hypothecam, licet secundus creditor emptori offerret id, pro quo primo creditori res hypothecata fuit, vel pretium quo emit, avocare tamen rem ab emptore non posset; per venditionem enim a priore creditore factam hypotheca secundi fuit extincta (*L.* 3 *ff. h. t.*). Aliud est quando posterior creditor rem hypothecatam vendit, nam tunc prior creditor rem ab emptore potest avocare; per eam enim venditionem hypotheca prioris non fuit extincta, imo nequidem pretium cogitur emptori refundere.

§ VIII.

Quamvis regula sit debitorem non posse avocare rem a creditore rite venditam, sunt tamen quidam casus in quibus, dum creditor hypothecam vendit, potest debitor rem ab emptore avocare, oblato ei pretio pro quo emit. Primus est in *L.* 7 *in princ. et* § 1 *ff. h. t.*, si nempe creditor pactus sit cum emptore, ut, si ei redderetur pecunia pro qua emit, pignus reddere deberet; actionem enim, quam ex hac conventione acquisivit creditor cogetur cedere debitori, cum nullum lucrum ex re pignorata vel hypothecata, aut occasione ejus capere possit creditor, sed omne quod ex ea, vel ejus occasione acquisivit, ultra id quod sibi debebatur, cogatur reddere debitori: itaque actionibus a creditore sibi cessis aget debitor contra emptorem pignoris, ut recepto pretio pro quo emit, rem restituat; imo longius procedit Ulpianus in *L.* 13 *ff. de pign. act.*, ubi dicit, quod licet non fuerit cessa actio a creditore, detur debitori utilis actio, seu in factum, ut vocat, ex hac conventione creditoris.

In pluribus enim casibus receptum est ex aequitate ut, quando habeo aliquem obligatum ut mihi cedat actiones suas contra alterum, detur mihi contra istum alterum utilis actio, licet mihi actio cessa non sit. Quod autem addit ibi Ulpianus, debitorem vindicare posse rem ab emptore, hoc intelligendum est de casu, ubi creditor cum emptore pactum resolutivum fecit, seu convenit, ut, si pretium ei offerretur, res inempta foret; tunc enim

oblato emptori pretio dominium ejus resolvitur, et revertitur ad debitorem, qui proinde tunc rem vindicare potest.

§ IX.

Alius casus, ubi debitor rem ab emptore avocare potest, refuso ei pretio, est, si posterior creditor rem a priore emerit; ille enim non tam emisse censetur ut rem acquireret, quam ut hypothecam suam conservaret, seu non tam emisse censetur, quam solvisse priori creditori, ut in ejus locum succederet; adeoque si debitor solvat ei id, quod priori creditori solvit, item debitum pro quo ipsi antea res hypothecata erat, poterit ab eo rem auferre (*L.* 5 § 1, *et L.* 6 *ff. h. t.*).

§ X.

Tertius casus est, si fidejussor pignus emit, v. g. fundus meus hypothecatus tibi erat pro 1000, et ulterius fidejussorem tibi dederam; cum non solverem, vendidisti fundum, eumque fidejussor meus emit: potero, refuso ei pretio pro quo emit, fundum ab eo avocare (*L.* 5 § 1 *ff. h. t.*): idem deciditur a Papiniano in *L.* 2 *ff. h. t.*, in cujus specie Papinianus ait, quod fidejussor, qui emit pignus a creditore, illud emere censeatur non tam ad dominium acquirendum, quam ut sibi consulat, sciens nempe se conveniri posse, si creditor non recipiat id quod sibi debetur, et volens per istam emptionem acquirere jus creditoris.

Idem decidit Paulus in *L.* 59 § 1 *ff. mandati*, ubi ait posse debitorem fundum a fidejussore petere actione mandati, una cum fructibus ab eo perceptis, modo ipsi offerat totum quod dedit, *cum in omni contractu bonam fidem praestare debeat*. Itaque, juxta Paulum, bona fides exigit ut fidejussor illum fundum restituat ei, pro quo fidejussit: cujus ratio est, quod, cum inter reum principalem et fidejussorem vertatur contractus mandati, inter eos videtur actum, ut, si fidejussor possit impedire ne debitor re hypothecata privetur, id impediat, modo sine suo damno id impedire possit. Cum ergo jam ipse fidejusser supponatur hypothecam emisse, et sine suo damno restituere eam mihi posse, restituere eam tenetur, modo ipsum indemnem servem, prout est obligatio mandaetis erga mandatarium.

§ XI.

Pretium ex venditione perceptum liberat debitorem: quod si creditor nil ab emptore consequi possit, cum tamen nullam culpam vel moram ie exigenda ab eo pecunia fecerit, non liberabitur debitor (*L.* 9 *ff. h. t.*): si plus consecutus sit ab emptore quam erat debitum, illud restituere debet debitori: quod si minus consecutus sit, poterit pro reliquo convenire debitorem actione personali ex contractu, ex quo debitor ipsi obligatus est (*L.* 9 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 1e *cod. de oblig. et action.*).

§ XII.

Quid si rem alienam tibi hypothecaverim, tuque eam ut creditor hypothecarius vendideris, et dominus illam evincat ab emptore, contra quem emptor agere poterit? Siquidem creditor illam vendiderit tanquam suam, seu non monuerit emptorem quod jure creditoris eam venderet, vel si tanquam creditor quidem illam vendiderit, sed promiserit se evictionem praestiturum, vel sciens illam debitoris non esse, eam vendiderit, re evicta, potest emptor convenire creditorem. Si vero monuerit emptorem se tanquam creditorem vendere, idque bona fide fecerit, putans rem debitoris esse, nec evictionem promiserit, non poterit emptor, re evicta, convenire creditorem; cujus ratio est quod, cum tunc creditor rem non vendiderit ut suam, sed ut rem debitoris, tanquam ex mandato ipsius, emptor in emendo fidem creditoris secutus non sit, sed potius fidem debitoris; creditor enim monendo emptorem quod rem debitoris nomine venderet, videtur monuisse eum ut fidem debitoris sequeretur, et simul dixisse quod in se non susciperet periculum evictionis. Cui accedit quod hic ambo, tam creditor quam emptor, certent de damno vitando, sintque proinde in pari causa; in pari autem causa melior est conditio possidentis; quae ratio facit ut nequidem audiendus sit emptor, si pretium, quod creditori solvit, ab eo velit repetere (*L.* 11 § 16 *ff. de act. empt.*).

Caeterum poterit emptor, a quo res evicta est, agere contra debitorem, cujus nomine creditor eam vendidit, non quidem directa actione, quoniam cum ipso non contraxit, sed utili actione empti ex aequitate, quatenus pretium, quod emptor pro ea re dedit, ad debitorem pervenit vel pervenisse videtur; pretium enim ab emptore datum liberavit debitorem, et pro illa parte, quae debitum excedebat, eam debitor repetere potest a creditore, sicque, cum ratione totius pretii ab emptore solutì debitor sit locupletior factus, et catenus emptor sit factus pauperior, leges ex aequitate utilem actionem dederunt contra debitorem, ne lucrum faciat cum jactura emptoris.

§ XIII.

Sed quaeri potest, dum debitor rem alienam hypothecae dedit, eamque creditor vendidit, an pretium quod percepit ab emptore, revera liberet debitorem? Ratio dubitandi est, quod creditor hoc pretium non perceperit a debitore, sed ex negotiatione sua, seu ex venditione quam fecit; ime

nequidem illud percepit occasione rei ad debitorem pertinentis, nam, ut supponitur, non erat res debitoris. Decidit tamen J. C. in *L.* 12 § 1 *ff. h. t.*, hoc pretium liberare debitorem, nec posse eum a creditore amplius conveniri, in supposito nempe quod pretium illud adaequet debitum: cujus ratio est, quod causa illius pretii habendi ac retinendi a debitore sit profecta. nisi enim debitor illam rem pignori dedisset, creditor nunquam vendere potuisset, nec pretium percepisset; et parum interest creditoris quod illa res aliena fuerit, cum equidem tam bene pretium ex ejus venditione perceperit, quam si revera res debitoris fuisset, unde sine ratione debitori objiceret rem ejus non fuisse.

Eodem modo, si alicui nummos alienos dem mutuos, licet ab initio mutuum non valeat, si tamen ille consumat nummos, obligabitur mihi ex mutuo, tanquam si proprios nummos ei dedissem; cum enim consumpserit, eandem utilitatem ex illis habuit, ac si dominium eorum in eum transtulissem (*L.* 19 § 1 *ff. de reb. cred.*). Cum itaque etiam in nostro casu eandem utilitatem ex venditione pignoris creditor perceperit, ac si revera res debitoris fuisset, id quod accepit liberat debitorem, et, si plus perceperit ab emptore quam quod debebatur, reliquum restituere debet debitori.

Caeterum quando in *L.* 12 § 1 J. C. decidit pretium, quod creditor ab emptore percepit, liberare debitorem, licet res aliena fuerit, admonet hoc intelligendum esse de casu, ubi creditor ea lege vendidit rem, ne evictionis nomine obligaretur, seu ubi rem vendidit tamquam creditor; quia sufficienter tunc ostendit quod de evictione teneri nolit. Quod si creditor de evictione se obligaverit, licet pretium ab emptore perceperit, decidit J. C. quod debitor non omnino liberatus sit, sed quod in pendenti sit ejus liberatio, et merito; si enim creditor ab emptore, re evicta, de evictione conveniatur, totum quod percepit emptori debebit restituere, et forte multo plus: itaque incertum est an pretium quod percepit creditor apud eum sit mansurum, an non; sicque etiam incertum an hoc pretium liberavit debitorem, an non.

§ XIV.

Restat notandum, quod dum creditor neminem reperire potest, qui pignus emat, impetrare possit a principe, ut liceat sibi pignus possidere jure dominii, de quo extat *tit.* in *cod.*, *de jure dominii impetrando*, ubi in *L. ult.* varia de hoc casu statuit Justinianus. Inter alia, ut creditor, qui rem venalem exposuit, nec emptorem reperit, teneatur adhuc interpellare debitorem suum, aut si eum non reperiat, teneatur adire judicem, qui certum tempus determinabit debitori, intra quod solvere possit: hoc autem tempore elapso, possit creditor a principe rescriptum impetrare, quo ei liceat pignus jure dominii possidere, ita tamen ut aestimetur, et si pluris valeat quam debitum importat, superfluum restituat debitori: si vero minoris valeat, retineat catenus debitorem sibi obligatum. Caeterum vult, ut intra biennium a die impetrati rescripti detur adhuc facultas debitori rem avocandi a creditore, modo ei offerat totum quod debebat, omnesque expensas quas creditor fecit.

Notandum autem, quod hoc rescriptum non tribuat creditori dominium pignoris, nisi in supposito quod debitor dominus sit; nam hoc rescriptum tantum transfert jus debitoris in creditorem. Hinc si rem alienam tibi pignori dederim, et impetraveris a principe, ut jure dominii eam retinere posses, non acquiris dominium, nec prohibetur dominus rem suam evincere, prout proponitur in *L.* 24 *ff. de pign. act.*; nempe princeps per suum rescriptum non aufert jus tertii, illudque tantum nocere debet ei, contra quem impetratum est.

Hodie ista impetratio dominii ex usu abivit, ut testatur Stockmans (*dec.* 95), nempe hodie auctoritate judicis res hypothecata publice distrahitur; liberum etiam creditori una cum aliis licitari, et si alios licitando vincat, res ei tanquam emptori addicetur; sic nulla necessitas impetrandi rescripti.

Addit ibi Stockmans improbatam fuisse consuetudinem, quae in certo loco obtinebat, ut, si debitor ter citatus non solveret, liceret creditori rem tenere pro debito, quamvis forte multo pluris valentem; nempe haec consuetudo iniqua erat, non minus ac pactum legis commissoriae, adeoque merito fuit rejecta.

TITULUS VI.

QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR.

§ I. Extinguitur pignus extincto vel remanente debito principali: et primo de extinctione contingente per extinctionem debiti principalis.
§ II. Quid si debeam 100 sub pignore et alia 100 sine pignore, an solutis 100 sub pignore creditor pro aliis 100 hypothecam adhuc retinere poterit.
§ III. Exponitur *L.* 59 *ff. ad senat-cons. Treb.*
§ IV. Item *L.* 38 § *ult. ff. de solut.*
§ V. Pignus etiam extinguitur, si actio creditoris exceptione submoveri possit.
§ VI. De modis quibus hypotheca extinguitur, salvo manente debito principali.
§ VII. An hypotheca evanescit, si debitor eam alienet alio modo quam conventum est.
§ VIII. Quid si debitor hypothecam consentiente creditore venditam redemerit.
§ IX. Exponitur *L.* 12 § 4 *ff. qui potior. in pign.*
§ X. Exponitur *L.* 1 § 1 *ff. h. t.*
§ XI. Finitur pignus per rei interitum.
§ XII. Per consolidationem.
§ XIII. Explicatur *L.* 30 § 1 *ff. de except. rei jud.*
§ XIV. Extinguitur quoque pignus resoluto jure dantis.
§ XV. Non item finito jure dantis.
§ XVI. Regulae, ex quibus dignosci possit an quis habeat dominium revocabile, an irrevocabile tantum.

Google

§ XVII. Quid si quis fundam suum vendiderit, aecdum vero tradiderit, an illius habeat dominium revocabile vel irrevocabile.

§ XVIII. Tandem finitur hypotheca, si actioni hypothecariae sit praescriptum.

§ I.

Pignus vel hypotheca extinguitur, vel in consequentiam extincti debiti principalis, vel remanente debito principali. Extinguitur in consequentiam debiti principalis extincti, quando solutum est id pro quo pignus datum fuerat; tunc enim nulla amplius securitate indiget creditor, et cum pignus sit accessorium debiti principalis, implicat ut, eo extincto, pignus remaneat. Caeterum ut pignus hoc modo extinguatur requiritur, ut totum debitum extinctum sit, nam si pars tantum sit soluta, pro nulla parte pignus extinguitur, sed in totum manet obligatum pro parte, quae solvenda restat, pignoris enim causa individua est; hinc si res sit pro centum hypothecata, et debitor moriatur, duobus relictis heredibus, licet unus sua quinquaginta solvat, ejus tamen pars, quam jure hereditario in illa re habet, non liberatur, nisi alia quinquaginta etiam soluta sint (*L. 1 cod. de luit. pign.*); et viceversa, si creditor moriatur, duobus relictis heredibus, res tota uni hypothecata est pro quinquaginta ei debitis, item tota alteri pro quinquaginta ei debitis, adeoque, licet uni solvantur quinquaginta, alter tamen in tota re adhuc pignus suum retinet pro quinquaginta sibi debitis (*L. 1 cod. si unus ex plur. hered.*).

Caeterum parum interest, an ipse debitor solvat, an alter ejus nomine; alter enim ejus nomine solvendo eum liberat, teneturque creditor acceptare solutionem, et per eam pignus extinguitur, nisi solventi cessum esset jus pignoris, quo casu subintraret in locum creditoris cui solvit; sed nisi cessum sit, pignus est extinctum, nec is qui solvit pignus habet (*L. 1 ff. h. t.*); ut enim ante vidimus, extraneus solvendo non subintrat ipso jure in locum creditoris, nec ipsum cogere potest ut jus suum cedat.

Sed quid est quod legitur in *L. 2 cod. de luit. pign.*, *intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota*: an ergo potest manere pignus, licet extincta sit obligatio principalis? Illa lex est rescriptum, cujus casum ignoramus, forte casus imperatori propositus erat talis qualis est in *L. 1 cod. eod.*, ubi unus heres debitoris solverat partem debiti, quo casu licet ipse liberetur, tota tamen res obligata manet pro parte, quae a coherede restat solvenda: de hoc forte casu dixit imperator, *vincula pignoris durare quamvis personalis actio contra eum heredem submota sit*: vel forte loquitur de casu, ubi actio denegabatur ex juris civilis subtilitate, ita tamen ut obligatio naturalis remaneret, v. g. si creditor plus petiisset in judicio quam sibi debebatur, quo casu jure veteri in totum causa cadebat, quamvis debitor naturaliter obligatus maneret, adeoque pignus manebat obligatum. Quidquid sit non possumus imperatorem ita intelligere quasi vellet ut, debito principali omnino extincto, remaneret pignus obligatum, quia contradiceret manifestis juris principiis.

§ II.

Quid si centum tibi debeam sub pignore, et alia centum sine pignore, solvamque tibi centum quae sub pignore debeo? Poteris pignus retinere donec alia centum tibi solvam, et si a te pignus repetam, poteris me repellere per exceptionem; caeterum tamen pignus erit extinctum, nec habebis amplius actionem hypothecariam, si forte ejus possessionem amittas, totum enim pro quo obligatum erat solutum est, solam ergo retentionem habes (*L. un. cod. etiam ob chirograph.*); ubi simul dicitur non posse opponi hanc exceptionem secundo creditori, sed posse eum avocare pignus a primo creditore, modo ei solvat id pro quo res ei obligata est, licet non solvat aliud debitum quod ei adhuc debetur. Quod diximus pignus extingui soluto debito principali, idem intelligendum est quando per alium modum ipso jure debitum extinguitur, ut si oblatum fuerit, et, creditore accipere nolente, consignatum et depositum, item si acceptolatum, compensatum, item novatum, et in novatione pignus non fuerit repetitum: si tamen contingeret debitum ita extingui, ut naturalis obligatio remaneret, pignus vel hypotheca non extingueretur.

§ III.

Huc spectat casus *L. 59 ff. ad S C. Treb.* Cum Titio mille deberem sub pignore, eum heredem institui, rogavique ut hereditatem restitueret filiae meae: Titius, cum adire nollet, coactus per filiam meam adiit, eique hereditatem restituit: quaerebatur an pignus extinctum esset, nempe quando creditor heres existit suo debitori, extinguitur obligatio per confusionem, adeoque pignus videbatur extinctum: et sic revera Paulus in initio legis videtur decidere, dum ait: *respondi aditione quidem hereditatis confusa obligatio est, videamus an pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione.* Sed reflecte quod in illis verbis Paulus non decidat quaestionem, nempe in illis allegat tantum rationes dubitandi, in sequentibus enim aperte decidit pignus non esse extinctum; sic enim ait: *igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetitur, remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*; sed quomodo potest remanere pignus, obligatione principali per confusionem extincta? Certe remanere

non posset, si omnis obligatio tam naturalis quam civilis per confusionem esset sublata; sed quamvis in verbis, quae primo loco retulimus, videatur Paulus decidere omnem obligationem etiam naturalem sublatam fuisse per confusionem, id tamen tantum argumentandi causa dicit, postea enim mentem suam clarius aperit, dum dicit *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio:* sic juxta Paulum naturalis obligatio non fuit sublata per confusionem. Quod si verum sit, nec pignus fuit extinctum, ut enim pignus remaneat, sufficit quod naturalis obligatio perduret, itaque tantum probandum est naturalem obligationem per confusionem non fuisse sublatam: pro quo notandum quod dum creditor heres existit sui debitoris, tollatur quidem regulariter omnis obligatio tam naturalis quam civilis, quoniam tunc idem sit debitor et creditor simul, et ita revera in casu nostro contigisset, nisi pignus datum fuisset, sed *propter pignus*, inquit Paulus, *remanet naturalis obligatio*. Nempe sciendum quod leges hanc naturam pignoris esse voluerint, ut tamdiu maneret obligatum donec debitum foret solutum, aut ejus nomine satisfactum, vel saltem donec extinctum foret debitum per talem modum, qui vicem solutionis habet, ut constat ex *L.* 13 § 4. *ff. de pign. et hyp.*, *L.* 13 § 1 *ff. ad S. C. Vell.* Itaque contrahentes constituendo pignus hoc agunt, ut pignus tamdiu maneat obligatum, donec debitum sit solutum vel extinctum per talem modum, qui vice solutionis fungitur; et adeo hoc agunt etiam ut, si contingat extingui debitum per modum, qui vicem solutionis non habet, pignus maneat obligatum: ut autem obligatum manere possit, requiritur ut obligatio naturalis maneat salva; in nostro autem casu modus, quo extincta est obligatio, est talis, ut creditor suum consecutus non sit; ergo, juxta mentem contrahentium, obligatio naturalis salva manet. Recte ergo Paulus ait in casu *manere obligationem naturalem propter pignus*, id est propter dationem pignoris; si enim remaneat obligatio naturalis, jam propter obligationem naturalem manebit pignus, seu jus pignoris salvum.

Sed quomodo contrahentes possunt efficere ut obligatio, non obstante confusione, maneat salva, cum leges statuerint,ut per confusionem omnis obligatio tam naturalis quam civilis tollatur, non videntur autem contrahentes posse hunc legis effectum tollere? Contrahentes non possunt quidem efficere quominus obligatio civilis per confusionem tollatur, sed possunt efficere ut obligatio naturalis, non obstante confusione,maneat salva, nempe obligatio civilis tota jure civili nititur, et quoad eam subtilitates juris civilis observantur, sed obligatio naturalis tota fundatur in aequitate naturali; aequitas autem naturalis postulat ut, quamdiu debitum non est solutum vel satisfactum, perduret obligatio, et quamvis leges statuant eam extingui, id tamen tantum statuunt,ubi voluntas contrahentium non repugnat.

Sed quomodo potest esse obligatio sine persona, quae debeat; dum enim creditor debitori successit, non est amplius persona, quae debere possit, quoniam nemo sibi ipsi debere potest? Est quidem verum quod obligatio civilis esse nequeat sine persona quae debeat, vera vel ficta, sed nil implicat quominus natura aliquid mihi debeatur ex aliqua hereditate, aut patrimonio, licet non existat persona, quae ista obligatione teneatur.

§ IV.

Iisdem omnino principiis nititur decisio Africani in *L.* 38 § *ult. ff. de solut.* Nempe fidejussor, qui pro te fidejusserat apud Titium, dederat pignus pro sua fidejussione, et moriens instituerat te heredem: sciendum quod, dum reus principalis existit heres suo fidejussori, obligatio fidejussoria per confusionem tollatur, quoniam non potest idem esse reus principalis et fidejussor simul; cum ergo in casu extitisses heres tuo fidejussori, videbatur obligatio fidejussoria extincta, et ita, cum pignus pro illa obligatione fidejussoria datum esset, videbatur pignus extinctum: decidit tamen Africanus pignus non esse extinctum. Ratio iterum est quod, cum fidejussor pro sua fidejussione pignus dedisset,censeatur actum inter eum et creditorem, ut pignus maneret obligatum quamdiu creditori solutum esset, vel alio modo satisfactum, adeoque censeatur etiam actum ut, si contingeret fidejussoriam obligationem extingui per talem modum, qui creditori vicem solutionis non adferret, remaneret pignus, et, ut pignus remanere posset, remaneret etiam obligatio naturalis: itaque, licet fidejussori tuo successeris, et obligatio fidejussoria per confusionem ex subtilitate juris extincta sit, ex mente tamen contrahentium remanet obligatio fidejussoria naturalis; quae mens colligitur ex eo, quod in datione pignoris hoc tacite actum videatur. Pignus ergo a fidejussore datum iterum hic efficit, ut obligatio naturalis ex fidejussione orta non obstante confusione perduret.

Sed si obligatio fidejussoria naturalis perduret, seu si tu heres existens fidejussori tuo tenearis naturaliter ex fidejussione, quomodo Africanus dicit pignus obligatum manere, *quamvis ex fidejussoria causa non tenearis?* Per illa verba non vult Africanus naturalem obligationem fidejussoriam sublatam esse, sed quod causa cur tenearis non sit fidejussio; nam regula est, extingui fidejussoriam obligationem quando reus principalis fidejussori succedit, sed quod propter dationem pignoris a fidejussore factam tenearis naturaliter, nempe quia haec datio pignoris effecit ne obligatio fidejussoria per confusionem in tua persona extingueretur.

Pergit Africanus, et quaerit: quid si fidejussor

tuus pro sua fidejussione non pignus dederit, sed alium fidejussorem, et tunc fidejussori tuo succedas? Et decidit obligationem fidejussoriam per confusionem omnino esse extinctam, et consequenter secundam fidejussionem liberatam esse: sic, juxta Africanum, dum fidejussor tuus pro sua obligatione pignus dedit, in nostro casu non tollitur obligatio fidejussoria naturalis, ea tamen tollitur, si pignus non dederit, sed fidejussorem. Ratio disparitatis est quod, ut diximus, per dationem pignoris actum censeatur, ut non tollatur obligatio naturalis, pro qua pignus datum est, nisi talis modus existat extinguendi obligationem, qui vice solutionis fungatur. Sed hoc non potest dici actum, dum pro obligatione aliqua fidejussorem do; nempe, cum fidejussio sit strictae interpretationis, utpote inita per stipulationem, non potest dici fidejussor convenisse ut tamdiu obligatus maneret donec existeret modus, qui vice solutionis fungatur, et licet hoc egissent inter se reus principalis et creditor, hoc tamen agere non poterant sine consensu fidejussoris, qui recte dicet se habere jus ut liberetur, quocumque modo tollatur obligatio principalis.

§ V.

Quod diximus, pignus, vel hypothecam extingui quando debitum principale solutum est, vel alio modo ipso jure extinctum, idem dicendum est quando ope exceptionis extinguitur debitum principale, v. g. si creditor pactus sit ne debitum petat (*L.* 5 *ff. h. t.*); item si creditor jusjurandum detulerit debitori, isque juraverit se nun debere, aut si in judicio absolutus fuerit debitor etc. (*L.* 13 *ff. h. t*).

§ VI.

Nunc de modis, quibus pignus solvitur, salvo manente debito principali: et imprimis solvitur remissione, nempe cum creditor remittit pignus vel hypothecam etiam nudo pacto; sicut enim solo consensu jus reale hic fuit constitutum, ita et nudo consensu amittitur (*L.* 23 *cod. de pign. et hyp.*); et quamvis in pignore ultra consensum interveniat traditio, illa tamen traditio non requirebatur ad jus reale transferendum, quod jam inde translatum erat solo consensu.

Remissio autem illa potest esse expressa, vel tacita: expressa est, quae fit verbis expressis; tacita, quae ex aliquo facto colligitur, modo tale sit factum quod evidenter importet remissionem, alias enim strictae interpretationis est remissio: exemplum remissionis tacitae est, si creditor pignus reddat debitori, ex illo enim facto redditionis sufficienter colligitur voluntas remittendi pignoris, quamvis ipsum debitum per hoc non censeatur remissum, ut monet J. C. in *L.* 3 *ff. de pactis*. Notandum autem quod illa remissio unice colligatur ex facto redditionis; hinc si res, quae constat pignori datam fuisse, reperiatur penes debitorem, ex hoc solo non posset colligi creditorem in ea re pignus remisisse, potuit enim alio modo ad debitorem pervenisse, quam per redditionem creditoris; deberet ergo probari eam redditam fuisse a creditore, alias nullum factum creditoris haberetur, ex quo voluntas remittendi colligatur.

Aliud exemplum remissionis tacitae est, si creditor permittat debitori hypothecam alienare; ex hoc enim consensu in alienationem erunt leges quod consenserit ut res libera ab onere hypothecae in emptorem transiret. Cujus ratio est, quod debitor non indigeat consensu creditoris, ut rem hypothecatam alienet, sed eo indiget ut liberam in emptorem transferat: sic nisi dicamus creditorem consentiendo in alienationem consensisse etiam, ut res libera transiret, nil operaretur ejus consensus; ne ergo sit inutilis, dici debet quod importet remissionem hypothecae, nisi evidenter contrarium constet (*L.* 4, 11 *ff. h. t.*, *L.* 2 *cod. de remiss. pign.*). Idemque dicendum, si creditor non expresse quidem consenserit in alienationem pignoris, sed instrumento venditionis forte subscripserit, nam et hoc casu consensit in alienationem, adeoque et ut res libera transeat (*L.* 8 § 15 *ff. h. t.*). Si tamen nullum consensum alienationi dederit, licet non contradixerit alienationi, quam sciebat fieri a debitore, ex eo solo non potest erui voluntas remittendi pignoris (*L.* 8 § 15 *ff. h. t*), nempe nullum factum posuit, ex quo ille consensus potest erui, nec tenebatur huic alienationi contradicere, sciebat enim debitorem eam facere posse, et se, non obstante ea, jus suam retinere.

Exceptio est in fisco, qui rem vendit subhastatione, per eam enim venditionem extinguuntur hypothecae, quas habebant creditores in illa re, si tacuerint (*L.* 8 *cod. de remiss. pign.*); quod procul dubio statutum in favorem fisci, ut facilius emptores inveniat.

Altera exceptio est, si, programmate publice proposito, quo vocati fuerint illi qui jus aliquod se habere praetenderent, res sit vendita, nam et tunc, si creditores hypothecarii tacuerint et praesentes fuerint, jus suum videntur remisisse (*L.* 6 *cod. eod.*). Simile remedium habemus moribus nostris in *purgatione civili*, ut vocant, qua nempe ad instantiam emptoris tribus edictis publicis cum legitimo temporis intervallo vocantur omnes, qui in reempta aliquod jus reale se habere praetendunt, qui si non veniant, in perpetuum excluduntur; quod remedium adeo est efficax ut nequidem contra illud admittatur in integrum restitutio ex capite absentiae, vel minoris aetatis, ut judicatum refert Stockmans (*dec.* 13). Excipiuntur tamen illi, qui in possessione juris realis erant; item illi quorum jus probabiliter notum erat emptori, et specialiter ab eo citati non fuerunt, hi enim per edictum gene-

rale purgationis civilis suo jure non excluduntur, licet tacuerint (dec. 115, et 116 Stockmans).

Ejusdem efficaciae est distractio auctoritate judicis legitime facta, nam et per eam excluduntur omnes, qui in re distracta jus habentes tacuerunt, ut nec restitutio in integrum hic locum habeat (dec. 114 ejusd.).

§ VII.

Ut redeamus ad casum, ubi creditor in alienationem consentit, sciendum, quod dum consentit in certum modum alienandi, et debitor alio modo alienat, in quem forte non consensisset creditor, si de eo rogatus fuisset, res non transeat libera: sic si permittam debitori meo hypothecam vendere, et ille donet, res libera non transit; ex eo enim quod in venditionem consenserim non sequitur quod in donationem consensissem, per donationem enim pauperior fit debitor meus: quod si donare permiserim, ille vendat, jam libera transit, nisi in favorem certae personae donare permiserim, volens illi benefacere, nam tunc dicere possum quod non consensissem in donationem (*L.* 8, 11, 13 *ff. h. t.*).

Ulterius notandum quod, cum creditor permittit debitori rem alienare, non statim libera fiat, sed tunc tantum quando alienata est, adeo ut quamdiu apud debitorem est, maneat adhuc hypothecata (*L.* 8 § 6, *L.* 4 § 2 *ff. h. t.*). Hinc si, cum debitor petiisset a creditore ut rem vendere posset, postea non vendat, res obligata manet, imo licet vendiderit, quamdiu non tradidit, manet obligata, quamvis hoc casu, cum cogi possit debitor ut tradat, creditorem hypothecaria agentem repellere possit (*L.* 11, 8, 12 *ff. h.t.*): sic etiam si, postquam vendidisset, sed antequam tradat, conveniat cum emptore ut a venditione discedatur, res obligata manebit.

§ VIII.

Quid si debitor revera rem alienaverit, sed postea eam redemerit, an iterum res obligata erit? ℟. negative; ubi enim ex consensu creditoris fuit alienata, statim libera facta est (*L.* 8 § 6 *ff. h. t.*); hypotheca autem semel extincta non reviviscit sine novo consensu, seu, nisi de novo imponatur; debitor autem eam redimendo nequidem tacite potest dici consensisse, ut res de novo obligaretur, sui enim, non creditoris intuitu eam redemit, nullumque factum posuit, ex quo aliud posset erui; factum enim redemptionis fuit positum inter debitorem et emptorem, non inter debitorem et creditorem.

Nec obstat quod creditor tantum consenserit, ut res libera foret apud emptorem, non vero apud debitorem; nam hoc tantum verum est eo sensu, quod noluerit eam liberam fieri antequam alienaretur: caetarum si supponamus debitorem collusisse cum emptore, v. g. ut rem liberam haberet, simulate eam vendiderit, et ab eo redemerit, tunc si creditor hypothecaria contra eum agat, isque excipiat quod res voluntate creditoris fuerit vendita, adeoque a vinculo hypothecae liberata, recte creditor replicabit de dolo malo: est autem suspicio fraudis, si debitor, qui rem vendiderat et tradiderat, statim iterum eam redimat, forte cum emptor nullum pretium adhuc solvisset (*L.* 8 § 7 *ff. h. t.*).

Quod diximus, rem creditoris consensu alienatam, licet rursus ad debitorem revertatur, manere liberam, obtinet etiam si res sub generali hypotheca comprehensa consensu creditoris per debitorem alienetur, et rursus ad debitorem revertatur, ut decidit imperator in *L. ult. cod. de remiss. pign.*; militat enim eadem ratio, scilicet, quod hypotheca semel extincta non reviviscat sine nova causa. Erat tamen major ratio dubitandi in hypotheca universali, nempe poterat dici quod sub ea comprehendantur bona futura, adeoque quod, licet res aliqua ex consensu creditoris facta fuerit libera, si tamen postea rursus a debitore acquiratur, rursus hypothecata sit eodem modo ut omnia bona futura. Sed respondetur, quod in hypotheca generali omnium bonorum considerari debeant duae classes rerum, una praesentium, quae pure hypothecantur, alia futurarum, quae hypothecantur sub conditione, quando debitoris fient. Quod attinet res praesentes, in quibus creditor statim hypothecam acquirit, si illae semel fiant liberae, licet postea ad debitorem iterum perveniant, non possunt tamen iterum hypothecae subjici quasi contentae sub bonis futuris, quando enim hypotheca constituebatur non poterant dici res futurae, nec sub ea idea fuerunt consideratae; non enim tunc temporis praevidebatur eas exituras e dominio debitoris, sicque non potest dici actum inter contrahentes ut, si iterum istae res acquirerentur a debitore postquam liberae alienatae fuerunt, iterum hypothecae subjicerentur, sicut hoc de aliis bonis futuris actum dici potest.

§ IX.

Quid jam si creditor permittat debitori rem uni secundo hypothecare? Hanc quaestionem proponit J. C. in *L.* 12 § 4 *ff. qui pot. in pign.*, sed non decidit, tantum ait, facti quaestionem esse quid creditor voluerit, an nempe voluerit remittere ipsum jus hypothecae, an vero jus prioritatis tantum; et certe, ne ille consensus sit inutilis, debet unum vel alterum operari, non enim debitor consensum petivit ut valide secundo hypothecare posset, siquidem eo non indigeret ad hunc effectum. Huberus putat quod censeatur in totum hypothe-

eam remittere. Sed verius est quod tantum censeatur remittere jus prioritatis; nempe renuntiatio est strictae interpretationis, et in dubio quam minimum debet dici remissum: agitur hic de colligenda voluntate ex facto, nempe ex praestatione consensus; jam autem ne iste consensus sit inutilis, sufficit quod per eam jus prioritatis tantum dicamus remissum, et nulla ratio est quare plus remissum diceremus.

Obstare tamen videtur *L.* 12 *ff. h. t.*, ubi supponitur rem duobus successive hypothecatam fuisse, primus consenserat ut alicui tertio res hypothecaretur, ait Paulus, *primum jus suum pignoris remisisse*. Sed dicendum per illa verba Paulum tantum velle quod jus prioritatis remisisse videatur, nempe quaestio ipsi proposita erat haec: an tertius, cui ex consensu primi res hypothecata erat, praeferretur secundo, quasi in jus primi successisset, an secundus praecederet tertium: ad quod Paulus respondit primum videri potius suum jus remisisse, quam cessisse tertio, quibus verbis vult jus prioritatis remissum esse, nam de eo solo Paulus interrogabatur.

§ X.

Ad modum, quo solvitur pignus per remissionem, pertinet hic casus. Cum maritus uxori certam summam deberet sub hypotheca, uxor accepto ei tulit donationis causa, licet donationes inter virum et uxorem prohibitae sint: decidit tamen Pomponius (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*) quod, licet acceptilatio debiti principalis fuerit inutilis, pignus remissum sit. Ratio est quod qui debitum principale remittit duo velit, nempe expressam voluntatem ostendit remittendi ipsum debitum, et tacitam voluntatem remittendi pignus; qui enim prius vult, etiam vult posterius; jam autem, quamvis prior voluntas effectum sortiri nequeat, nil tamen prohibet quominus secunda voluntas remittendi pignus effectum habeat, leges enim remissionem pignoris non prohibent inter virum et uxorem.

Obj. quod remissio debiti principalis sit nulla; quod autem nullum est, nullum effectum potest producere; et ita quod illa remissio non possit efficere ut pignus liberetur. Ꞧ. quod remissio pignoris non sit effectus remissionis debiti principalis, prout supponit objectio, sed sit effectus voluntatis remittendi pignoris, quam tacitam voluntatem colligimus ex facto remissionis debiti principalis; nil autem implicat quomodo ex remissione debiti principalis, licet nulla, eam voluntatem colligamus: sic si testator rem legatam post factum testamentum sine necessitate alienet, licet nulla forte sit alienatio, colligitur tamen ejus voluntas adimendi legatum, et ex alienatione licet nulla colligimus legati ademptionem.

Obj. *L.* 5 *cod. de remiss. pign.*, ubi dicitur quod, debito principali nulliter remisso, pignus salvum maneat; sed illa lex est rescriptum, cujus causam ignoramus: ut autem conveniat cum juris principiis dicimus imperatorem loqui de remissione debiti principalis nulliter facta ab eo, qui ne pignus quidem remittere poterat, v. g. facta a pupillo vel minore, quo casu clarum est pignus etiam salvum manere.

§ XI.

Finitur pignus per interitum rei pignoratae vel hypothecatae; hincque est quod, si fructuarius usumfructum hypothecae det, usufructu finito, finiatur hypotheca, quoniam periit res quae hypothecata fuit; hinc etiam si pignus, quod Titius mihi dedit, pignori tibi dederim, statim ac meum pignus finitur, finitur etiam tuum, non enim ipsam rem pignori tibi dederam, sed jus meum pignoris, quod in illa re habebam.

Caeterum ut pignus vel hypotheca extinguatur, requiritur ut tota res pereat, nec sufficit quod species rei sit mutata: sic si hypothecam in domo habeam, ea combusta, in area hypothecam retineo, secus ac in usufructu, nempe ususfructus speciei imponitur non substantiae, nam ille qui usumfructum constituit, vult ut fructuarius habeat illum usum, quem res habet tempore quo constituit: si autem res specie mutetur, non amplius eundem usum praebet, sed hypotheca afficit substantiam seu materiam, ex qua res composita est, et sic licet species mutata sit, cum tamen materia sit salva, et possit praestare securitatem, quae est scopus hypothecae, non est ratio cur hypotheca amittatur.

§ XII.

Alius modus quo extinguitur hypotheca est consolidatio, quando scilicet creditor dominium rei hypothecatae sibi acquirit; cujus ratio est, quod non intersit creditoris retinere hypothecam in re propria, cum res propria nullam securitatem mihi praestare possit, itaque jus dominii tunc absorbet jus hypothecae, idque toties obtinet, quoties dominium irrevocabile creditor acquirit. Caeterum si ponamus quod creditoris interesset retinere hypothecam, non obstante dominio, tali casu retinebit; hoc autem contingit quando creditor dominium revocabile tantum acquirit, nam tunc maxime interest ipsius retinere hypothecam, ne ab eo dominium avocari possit, adeoque cum jam fortius sit jus hypothecae quam jus dominii, non obstante dominio illud retinebit: exemplum est, cum res duobus hypothecata esset, debitor eam in solutum dedit priori creditori, quo casu certe creditor ille fit dominus, et tamen, eo non obstante, retinebit in ea re hypothecam: nempe si hypotheca

Digitized by Google

ipsius foret extincta, secundus creditor rem ab illo avocaret, non enim potuit debitor eam in solutum dando extinguere jus posterioris creditoris; sicque dominium in priorem creditorem translatum est revocabilo tantum, quatenus ab eo auferri potest; interest ergo ipsius retinere hypothecam suam, nam tunc secundum creditorem hypothecaria rem avocare volentem repellet dicendo se esse priorem; itaque non aliter tunc secundus creditor poterit rem avocare, nisi ei offerat debitum, pro quo res in solutum ei data fuit (*L. 1 cod. si antiquior creditor etc.*).

§ XIII.

Huc spectat casus *L. 30 § 1 ff. de except. rei judic.* Cum controversia esset inter Titium et Maevium de hereditate aliqua, inter eos transactio facta est, vi cujus Titius Maevio tradidit varias res, quas ex hereditate illa possidebat, item unum ex propriis suis fundis, cujus proinde Maevius dominium acquisivit, ille autem fundus fuerat olim hypothecae datus avo Maevii, et deinde Sempronio: Sempronius agit contra Maevium actione hypothecaria, et ab eo fundum avocat per sententiam judicis: nempe cum nesciret Maevius fundum illum avo suo hypothecatum fuisse, et sibi proinde tamquam heredi hypothecam in isto fundo competere ante Sempronium, non opposuerat Sempronio se esse priorem, et ita ab eo victus fuerat: his gestis, Maevius inter codices avitos reperit fundum istum avo suo fuisse hypothecatum, antequam Sempronio hypothecaretur, agitque proinde contra Sempronium hypothecaria: quaerebatur an recte? Deciditur autem in *d. L.* eum recte agere. Prima ratio dubitandi erat, quod jam iodo condemnatus fuisset Maevius fundum Sempronio hypothecaria agenti restituere, sicque videbatur repellendus exceptione rei judicatae. Ratio autem decidendi fuit quod, ut possit esse locus exceptioni rei judicatae, requiratur ut lis iterum moveatur inter easdem personas, de eadem re, et ex eadem causa. Hic quidem iterum lis est de eadem re, et inter easdem personas, sed ex diversa causa; nempe in priori judicio quaesitum fuerat de jure hypothecario Sempronii, fueratque judicatum Sempronium hypothecam habere in illo fundo; sed in secunda lite quaestio est de hypotheca, quam Maevius habet in illa re, de qua in primo judicio nulla quaestio fuerat, cum tunc temporis Maevius eam ignoraret, et ita non agitur ex eadem causa. Praeterea Maevius iterum agendo contra Sempronium non contravenit priori sententiae, fatetur enim Sempronium habere hypothecam prout in priore lite decisum, sed jam ait etiam sibi hypothecam competere; de hac autem non fuerat quaesitum in priore lite.

Obj. Si Sempronius contra Maevium egisset reivindicatione et obtinuisset, postea autem Maevius vellet reivindicatione agere contra Sempronium, dicens se reperisse instrumenta, quibus probare posset se dominum esse, tali casu repelleretur exceptione rei judicatae. ꝵ. Disparitatem Paulus allegat, nempe, ubi Sempronius vicerat Maevium reivindicatione, judicatum fuerat fundum esse Sempronii, sicque judicatum etiam erat non esse Maevii, duo enim in solidum non possunt esse domini; adeoque Maevius volens iterum reivindicatione contra Sempronium agere, contraveniret sententiae inter se et Sempronium latae. Sed in nostro casu, in priori judicio judicatum tantum fuerat Sempronium hypothecam habere, ex qua sententia non sequebatur Maevium hypothecam non habere; potest enim res duobus in solidum hypothecata esse, sicque, cum in priori judicio de hypotheca Maevii non fuerit quaesitum, nil obstat quominus Maevius de suo jure hypothecario jam agat.

Secunda ratio dubitandi erat quod Maevius dominium istius fundi acquisivisset, et adeo ejus hypotheca per consolidationem videretur extincta; sed jam inde diximus non extingui hypothecam per acquisitionem dominii, quando interest creditoris retinere hypothecam, seu quando dominium revocabile tantum acquirit, prout in casu contigit: scilicet dominium, quod Maevius acquisivit, poterat per Sempronium avocari hypothecaria actione, adeoque intererat ipsius hypothecam retinere; quod ergo dicitur in *L. 45 ff. de reg. jur.*, *neque pignus, neque depositum etc. rei suae consistere posse*, ita intelligendum est, quod ab initio non possit constitui pignus in re propria creditoris: nihil autem semel recte constitutum est, dicendum quod tunc retineri possit, non obstante dominio creditori postea acquisito, si nempe ejus intersit ut retineat.

Nec obstat regula, quae dicit negotium solvi, quando ad eum casum devenit a quo incipere non posset; nam saepe etiam utimur contraria regula, scilicet quod ea quae semel recte sunt constituta perdurent, licet ad eum casum deveniant, a quo incipere non possent, quae regula praecipue habet locum quando negotium fuit omnino perfectum, et certe tota ratio, quare in re propria pignus habere non possum est haec, quod nullam securitatem in ea habere possim, quae ratio cessat dum mea interest ut pignus retineam.

Fortiter obstat *L. 17 ff. quib. mod. ususfr. amit.*, ubi ususfructus fundi Titio pure relictus erat, ejusdem fundi proprietas Maevio sub conditione: pendente conditione Titius emerat proprietatem ab herede, sicque ususfructus apud eum consolidatus fuerat: postea extitit conditio, sub qua Maevio nuda proprietas legata erat: dicit J. C. quod totus fundus una cum usufructu, utpote apud Titium per consolidationem extincto, ad Maevium vadat, ita ut Titius nil retineat; atqui tamen dominium,

quod Titius in illo fundo acquisiverat, erat tantum revocabile, sic dominium revocabile fructuario quaesitum sufficit, ut in perpetuum ejus ususfructus extinguatur; ergo etiam videtur sufficere ut hypotheca extinguatur. ℟. Disparitas desumenda videtur ex diversa natura pignoris et ususfructus, nempe stricta natura a legibus data est ususfructui ne diu abesset a sua proprietate; undequamcumque domini acquisitionem sufficere placuit, ut ususfructus per consolidationem extingueretur; sed interpretatio benignior pignori data fuit, cujus haec est natura, ut ante vidimus, ut modo remanere possit, remaneat donec debitum sit solutum, vel alio modo satisfactum, licet autem creditor dominus hypothecae factus sit, tamen non fuit ei satisfactum; itaque si dominium tantum revocabile acquisiverit, quoniam tunc interest ejus ut hypothecam retineat, placuit ut eam retineret.

§ XIV.

Extinguitur etiam pignus et hypotheca resoluto jure concedentis. Dicitur autem jus alicujus resolvi, quando ita extinguitur, ut nunquam videatur jus habuisse: nempe resolutio operatur cum effectu retroactivo, ita ut appareat eum, eujus jus resolvitur, nunquam fuisse dominum: exemplum est in eo, qui emit v. g. fundum sub pacto addictionis in diem, vel legis commissoriae, statim enim ac alter meliorem conditionem adfert, vel in secundo casu statim ac emptor intra tempus non solvit, apparet emptorem nunquam emisse, adeoque nunquam dominium acquisivisse; itaque si emptor illo medio tempore hypothecam, vel servitutem in isto fundo constituerit, hypotheca illa vel servitus resolvitur, apparet enim quod is qui constituit, jus constituendi non habuerit; idem est de eo, a quo propter retractum gentilitium fundus aufertur, retrahens enim intrat in locum emptoris, ita ut ipse retrahens ab initio emisse videatur.

§ XV.

An etiam hypotheca extinguitur finito jure ejus, qui eam constituit? ℟. negative; v. g. si hypothecem tibi fundum meum, et postea vendam et tradam eum alteri, licet dominium meum in isto fundo finiatur, hypothecam tamen in eo retines; nempe eo tempore, quo tibi constituebam hypothecam, eram verus dominus: hypotheca autem a legibus recte constituta perdurat, licet is qui constituit dominus esse desinat, et onus rei impositum una cum ipsa re transit ad quemcumque possessorem. Sunt tamen casus in quibus, finito jure ejus qui hypothecam constituit, hypotheca etiam finitur, scilicet ubi obtinet regula, quod finito jure dantis finitur jus accipientis; quod toties verum est, quoties jus dantis erat revocabile tantum et temporale, tunc enim eum nemo plus juris in alterum possit transferre quam ipse habet, non nisi jus revocabile transtulit, adeoque, jure ejus finito, finire quoque debet jus accipientis.

§ XVI.

Aliquando autem dubitatur utrum dominium alicujus sit irrevocabile, an revocabile tantum, pro quo videntur posse tradi hae duae regulae. Prima, quotiescumque aliquis tale dominium habet quod, existente certo tempore vel conditione, lex ipso jure abipso aufert, et in alterum transfert, dominium tale est revocabile tantum: sic, si res sub conditione legata sit, heres pendente conditione dominium revocabile tantum in illa re habet, adeoque, si isti rei hypothecam, vel servitutem imponat, et postea conditio legati existat, sicuti dominium heredis finitur, ita etiam servitus illa vel hypotheca: aliud exemplum est in emphiteuta, a quo dominium utile ipso jure abit, quando intra tempus canonem non solvit (*L. 31 ff. de pign. et hyp.*).

Secunda, quotiescumque alter in re mea jus reale habet, quod fortius est meo dominio, et vi cujus dominium a me auferre potest, habeo in illa re dominium revocabile tantum: sic, si fundum meum hypothecavero, et postea uni secundo eum hypothecem, statim ae prior fundum a me aufert et vendit, sicut meum jus in eo finitur, ita finitur etiam jus secundi creditoris: nempe, quando secundo creditori hypothecam dabam, habebam tantum dominium revocabile, sic non potui plus juris in secundum creditorem transferre.

Ut autem clarius videamus, an habeam dominium revocabile vel irrevocabile in aliqua re, videndum an, si istam rem in alium transferam, ille alter haberet dominium irrevocabile, vel non, seu an res possit ab eo auferri, vel non; si non possit, signum est quod habuerim dominium irrevocabile, ut enim in alium jus irrevocabile transferre possim requiritur, ut ego tale jus habeam, ut in exemplo fundum meum hypothecavi; si istum fundum alteri venderem, posset ab eo avocari per actionem hypothecariam; sic est signum quod dominium revocabile tantum in isto fundo habeam.

§ XVII.

Quid si fundum meum vendidero, sed nondum tradidero, an habeo dominium revocabile vel irrevocabile? Irrevocabile; quamvis enim emptor possit me cogere, ut istum fundum ei tradam, non habet tamen actionem realem, per quam fundum a me avocet, nec etiam iste fundus vi legis a me, ipso jure, abiturus est; habeo ergo dominium irrevocabile, ut ulterius patet ex eo quod, si istum fundum postea alteri venderem et traderem, pri-

mus emptor non posset eum a secundo avocare; si ergo possim in secundum transferre dominium irrevocabile, signum est quod ego habeam, non obstante venditione quam feci; itaque, si fundo quem vendidi hypothecam imponam, et tunc eum tradam emptori, non finietur hypotheca, quamvis tamen emptor possit me convenire ad id quod sua interest; sic etiam, si fundum emerim eumque hypothecae dem, licet fundus iste a me avocetur per remedium *L. 2 cod*, eo quod venditor ultra dimidium justi pretii laesus esset, hypotheca tamen quam imposui perdurat, quoniam in illo fundo dominium irrevocabile habebam, ut patet ex eo quod si istum fundum in alterum transtulissem, non potuisset venditor meus eum ab ipso altero avocare; nec ad rem facit quod si ex pacto legis commissoriae fundus a me avocaretur, tunc hypotheca quam imposuissem extingueretur, nam disparitas est quod in casu objecto resolvatur meum jus, per remedium autem legis secundae non resolvitur, sed finitur.

Quid si fundum, quem tibi hypothecavi, alter bonae fidei possessor possideat et usucapiat, an hypotheca tua finiatur? ℟. negative (*L. 7 cod. de pign. et hyp.*, *L.* 1 § 2 *ff. eod.*). Ratio est quod usucapio adjiciat quidem dominium usucapienti, et extinguat dominium veteris domini, sed alia jura realia rei imposita per eam non extinguuntur; itaque ego amittam quidem dominium, sed cum ab initio hypotheca recte fuerit tibi constituta, ea non finietur, non magis quam si ego ipse rem illam in alterum transtulissem.

§ XVII.

Tandem finitur hypotheca, si actioni hypothecariae praescriptum sit; et quidem olim, dum alter quam debitor hypothecam possidebat, actioni hypothecariae praescribebatur lapsu decem annorum, creditore absente, viginti (*L. 1 et 2 cod. si adv. credit. praes.*); sed postea statutum fuit ut, si alter quam debitor possideret hypothecam, non praescriberetur actioni hypothecariae, nisi creditor per triginta annos siluerit; quod si ipse debitor vel ejus heres possideat, requiruntur quadraginta anni (*L. 7 cod. de praesc. trig. vel quadrog. ann.*).

Hinc quaesitum fuit de hoc casu. Cum quis annuum reditum mihi promisisset, in securitatem fundum suum mihi hypothecavit, eumque vendidit bonae fidei emptori, qui eum possedit per triginta annos, et interea promissor reditus semper exacte solverat canones annuos; cum autem postea in solutione cessaret, egi actione hypothecaria contra emptorem fundi; ille ait, praecripsi: quaeritur an recte? Stockmans (*decis.* 83) refert judicatum contra emptorem. Sed juris romani principiis videtur conformius praescriptum esse actioni hypothecariae; ratio est quod imperator in *L.* 3 *et 7 cod. de praescr. trig. vel quadrog. ann.* expresse dicat, omni actioni praescribi lapsu triginta annorum, idemque nominatim affirmat de actione hypothecaria, cum hypotheca a tertio possessore possidetur, isque per creditorem toto hoc tempore non fuit molestatus; jam autem in casu emptor per triginta annos possederat illum fundum ut liberum, nec toto tempore molestatus fuerat; ergo etc.

Obj. quod praescriptio fundetur in negligentia, et quod hic nulla negligentia possit imputari creditori, cui semper canones annui exacte soluti supponuntur. Sed ℟. quod praescriptio non fundetur praecise in negligentia non agentis, sed in publica utilitate, et quamvis plerumque negligentes sint illi, quorum juri praescribitur, currit tamen etiam praescriptio contra non negligentes, ut contra eos qui jus suum ignorant; praeterea licet creditori exacte solveretur, et sic quoad canones non fuerit negligens, debuit tamen etiam hypothecae invigilare, et inquirere a quo possideretur, quod si non fecerit, negligens est.

Obj. quod quamdiu debitor exacte solvebat canones, ille non posset agere hypothecaria ad fundum avocandum, et adeo non possit ei opponi praescriptio, juxta id quod dici solet *non valenti agere non currit praescriptio*. ℟. Id axioma verum est, dum quis agere non potest ob impedimentum juris, seu respectu juris; tunc enim, cum nullum jus ei natum sit, nil adhuc est cui praescribi posset, adeoque praescriptio non potest currere; sed fallit hoc axioma, dum quis jus habet agendi, sed hic et nunc ob factum aliquod agere nequit. In casu autem nostro, quod creditor agere non posit ad avocandum hypothecam, quamdiu exacte ei solvitur, non est ex defectu juris, nam revera habet jus agendi; actio enim hypothecaria nata est a momento quo hypotheca ei fuit constituta, sed ideo agere nequit quia impeditur per factum solutionis, quod a debitore ponitur; cum ergo, eo non obstante, retineat jus agendi, est aliquid cui possit praescribi. Praeterea, licet creditor non potuerit agere actione hypothecaria ad avocandum hypothecam, quamdiu canones exacte ei solvebantur, potuit tamen ea agere contra emptorem, ut emptor acquiesceret oneri hypothecae, quod, cum non fecerit, sibi imputet.

LIBER VIGESIMUS PRIMUS

TITULUS I.

DE AEDILITIO EDICTO, ET REDHIBITIONE, ET QUANTI MINORIS.

§ I. Ædilitiae actiones introductae sunt pro rebus vitiosis venditis.

§ II. An locum habent in donatione, an in locatione.
§ III. Ut dentur hae actiones, an distinguendum est utrum venditor sciverit vitium rei, necne.
§ IV. Requisita ut actionibus aedilitiis locus sit.
§ V. Quid petit emptor per redhibitoriam.
§ VI. Quid per actionem quanti minoris.
§ VII. An in electione emptoris sit utra actione agere velit.
§ VIII. Quid si venditor vel emptor mortuus sit, pluribus relictis heredibus, an his actionibus agi poterit.
§ IX. Quid si quis plures res simul emerit, et una tantum sit vitiosa.
§ X. Si emptor una ex illis actionibus egerit, an altera adhuc agere poterit.
§ XI. Quanto tempore hae actiones durant.
§ XII. Quomodo inter se differant.
§ XIII. Quomodo differunt illae actiones ab actione ex empto.
§ XIV. De redhibitoria conventionali.
§ XV. Quid si quis animal, quod nocere solet, habeat in loco quo vulgo iter est.

§ I.

Sub hoc titulo explicatur edictum, quod circa venditiones tulerunt aediles curules, penes quos erat cura fori rerumque ibidem venalium: verba edicti referuntur in *L.* 1 § 1, *et L.* 38 *ff. h. t.*, ex quibus constat aediles statuisse, ut venditor servi vel jumenti moneret emptorem de vitiis morbisve rei, item, an forte fugitivus sit servus, vel noxam commisisset, utque ulterius venditor praestaret id, quod de re vendita affirmaverit.

Ex hoc edicto duplex nascitur actio, nempe redhibitoria et quanti minoris: redhibitoria emptor agit dicens se non fuisse empturum, si scivisset vitium, petitque ut venditor, recepta re eum fructibus etc., reddat pretium cum usuris: actione quanti minoris emptor agit dicens se non tanti fuisse empturum, si vitium scivisset, et adeo petit ut venditor cogatur ex pretio reddere quanti minoris emptor emisset, vitio cognito.

Quamvis autem edictum loquatur tantum de servis et jumentis, eum tamen in aliarum rerum venditione eadem ratio aequitatis adsit, edictum per interpretationem J. C. ad aliarum rerum tam mobilium quam immobilium venditiones fuit extensum (*L.* 1 *ff. h t.*, *L.* 13 *ff. de legibus*).

§ II.

An in donatione locus est aedilitiis actionibus? ℟. negative; cum enim donatarius gratis rem acceperit, nihil est quod a donatore repetat, et iniquum foret, ut ex liberalitate sua damnum sentiret donator; si tamen sciens dolo malo rem vitiosam donaverit ignoranti, et donatarius damnum ex illa re sit passus, poterit agere contra donatorem actione de dolo ad id quod sua interest (*L.* 62 *ff. h. t.*). Istis actionibus etiam locus non est in locatione-conductione (*L.* 63 *ff. h. t.*), quia non eadem militat ratio; nam in locatione res non transfertur in conductorem in perpetuum, unde non ita proclives sunt locatores ad decipiendum conductores, ut solent esse venditores: cui accedit, quod si contingat conductorem non posse uti re conducta ob ejus vitium, liberetur a mercede, unde sufficienter ei consultum est sine his actionibus. Itaque istis actionibus locus est in sola venditione, aut tali contractu, qui vice venditionis quodammodo fungitur, ut permutatio, datio in solutum etc. (*L.* 19 § 3 *ff. h. t.*).

§ III.

Caeterum non est distinguendum, utrum venditor sciverit vitium rei, quam vendebat, an ignoraverit: utroque autem casu conveniri potest aedilitiis actionibus (*L.* 1 § 2 *ff. h. t.*); quamvis enim aediles voluerint compescere fraudes venditorum, generale tamen edictum condiderunt existimantes parum interesse quomodo emptor laederetur, an ignorantia venditoris, an calliditate ejus, praecipue cum venditor teneatur scire qualitates vitiaque rei, quam vendit. Est tamen differentia inter eum, qui sciens rem vitiosam vel morbosam vendit, et eum qui ignorans; nempe, qui sciens vitium vendidit, non tantum tenetur ut rem recipiat vel praestet quanti minoris emptor emisset, sed ulterius ad omne damnum, quod emptor ex vitio rei passus est (*L.* 1 *eod. h. t.*, *L.* 13 *ff. de act. empti*). Qui vero ignorans vendit, tenetur quidem aedilitiis actionibus; sed si res vendita damnum dederit emptori, potest venditor defungi relinquendo rem apud emptorem pro damno, quasi per noxae deditionem, ita ut emptor non possit eum cogere, ut damnum reparet, sed possit tantum rem pro damno dato retinere (*L.* 31 *ff. h. t.*).

§ IV.

Ut autem actionibus aedilitiis locus sit, requiritur, primo ut res vendita morbosa sit vel vitiosa, quod intelligendum est de vitiis corporis, nam ob animi vitia non est locus iis actionibus, nisi venditor affirmasset vitia illa abesse; hinc si quis servum furem, mendacem, gulosum vendat, non tenetur his actionibus (*L.* 1 § 9, *L.* 4 § 2, *L.* 65 *ff. h. t.*).

Excipiuntur quaedam animi vitia in edicto, ob quae iis actionibus est locus, ut si servus venditus erro sit vel fugitivus etc., illa enim vitia impediunt quominus servo uti possimus. Alia exceptio est, si venditor de certis vitiis animi affirmaverit abesse, ut si dixerit furem non esse etc. (*L.* 17 § *ult.*, *et L.* 18 *ff. h. t.*); nam quae venditor affirmat, si non praestentur, iis actionibus locus est, nisi quaedam ad nudam laudem rei in genere dixerit,

prout ab omni venditore fieri solet (*L.* 19 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*).

Etiam requiritur, ut sit vitium latens, quodque emptor ignorabat, nam si monitus fuit per venditorem, vel aliunde sciebat vitium, item si vitium evidenter apparebat, deceptus dici nequit, tuncque sibi imputare debet quod laesus sit (*L.* 1 § 6, *L.* 14 § 9 *et* 10 *ff. h. t.*).

Tandem requiritur, ut vitium vel morbus adesset tempore venditionis; hinc si ante venditionem res fuerit vitiosa, et vitium, dum vendebatur, esset sanatum, vel si post venditionem vitium acciderit, iis actionibus non est locus (*L.* 3 *cod.*, *L.* 16 *ff. h. t.*).

Ex dictis patet quod si res vitiosa aut morbosa non sit, iis actionibus locus non detur, licet forte oneri alicui esset supposita v. g. obnoxia tributo, aut servituti, idque licet venditor sciens hoc onus tacuisset, modo nil affirmaverit: nec obstat *L.* 61 *ff. h. t.*, nam lex illa, quae concedit actionem quanti minoris ob servitutem a venditore celatam, non loquitur de actione aedilitia quanti minoris, sed de actione ex empto, ita ut male sub hoc titulo fuerit collocata. Excipitur tamen casus, ubi servitus ita onerosa est, ut aedes venditae ex ea inficerentur et vitiarentur, qualis erat servitus, de qua Stockmans (*dec.* 97), nam ob talem servitutem actiones aedilitiae certe darentur. Caeterum si sit simplex servitus, vel aliud onus, licet locus non sit aedilitiis actionibus, si tamen venditor sciens reticuerit hoc onus, conveniri poterit actione ex empto, ut praestet emptori quod sua interest; quod si ignoraverit, non tenetur (*L.* 1 § 1, *L.* 21 § 1 *ff. de act. empti*).

§ V.

Nunc de utraque actione aedilitia videamus. Et quidem per redhibitoriam emptor petit ut venditor, recepta re vendita, reddat pretium; debet ergo emptor, antequam redhibitoria agat, prius redhibere rem emptam, et tunc pretium petere. Effectus autem redhibitionis est, ut uterque quodammodo in integrum restituatur, et res fere perinde habeatur ac si nunquam venditio facta fuisset (*L.* 23 § 7, *L.* 60 *ff. h. t.*); caeterum hoc non est ita intelligendum, quasi omnino verum esset emptorem non videri emisse, sed quod respective ad contrahentes res nunquam vendita fuisse videatur, non vero respective ad alios; itaque respective ad contrahentes resolvitur quodammodo venditio, non vero respectu aliorum: sic, si rei emptae emptor pignus imposuerit, tuncque eam redhibeat, non extinguetur pignus, ita ut redhibitio non tollat jus tertio quaesitum (*L.* 43 § 8 *ff. h. t.*); caeterum tamen non cogitur venditor rem recipere, nisi ab hoc onere pignoris liberata sit.

Quod si res, cujus nomine redhibitoria agi poterat, perierit, nihilominus poterit emptor redhibitoria agere, nec quidquam praestare venditori cogetur, si modo sine ejus culpa perierit; statim enim ac rem emit, acquisivit jus redhibitoria agendi, quod jus sine suo facto non potest amittere, habuitque statim venditorem obligatum, ut rem recipiat et pretium reddat, cumque supponatur rem casu periisse, liberatur erga venditorem per interitum rei quodammodo debitae, et ipse nihilominus venditorem obligatum retinet.

Ultra rem venditam, debet etiam praestare emptor id, ad quod res est facta deterior culpa sua, item omnes fructus, et quodcumque ex re vendita aut ejus occasione percepit; nam, ut diximus, per redhibitoriam negotium reponitur in eo statu ac si venditio facta non fuisset. Viceversa venditor restituit pretium, quod accepit, cum usuris, item impensas, quas emptor necessario facere debuit; exceptio tamen est in cibariis (*L.* 30 § 1 *ff. h. t.*): quod si venditor nolit pretium etc. restituere, fit condemnatio in duplum (*L.* 45 *ff. h. t.*).

§ VI.

Per actionem quanti minoris emptor repetit id quod minus dedisset, si vitium scivisset: est tamen casus, ubi emptor agendo quanti minoris idem consequitur ac si redhibitoria egisset, seu redditionem totius pretii consequitur; nempe tunc, quando judex videt rem adeo vitiosam esse, ut nil valeat (*L.* 43 § 6 *ff. h. t.*, *L.* 25 § 1 *ff. de except. rei jud.*). Nec obstat quod sententia judicis debeat esse conformis libello, quodque hic actor non petierit redhibitionem, sed tantum id quod, vitio cognito, minoris dedisset; nam quando res nullius est pretii, tunc recte dici potest emptorem nil fuisse daturum, adeoque totum pretium quod dedit plus datum est quod dedisset, si vitium scivisset, et sic judex condemnando venditorem ut totum pretium restituat, fert sententiam conformem ei quod emptor petivit, licet quanti minoris egerit.

§ VII.

Quaeritur hic, an in arbitrio emptoris sit qua actione agere velit, an redhibitoria, an quanti minoris? Hoc plerique negant, et ajunt, quod si tale vitium sit ut emptor, si scivisset, non emisset, tunc agere poterit redhibitoria, vel quanti minoris, prout vult: si vero tale sit vitium, quo cognito, emptor nihilominus emisset, sed non tanti, hoc casu ajunt, non poterit agere redhibitoria, sed sola actione quanti minoris. Sed verius videtur quod emptor semper electionem habeat qua actione agere velit, sine distinctione an vitio cognito emisset, an minoris emisset, nulla enim lex est, quae hanc distinctionem ponat, et eam certe non omisissent jurisconsulti, si putassent ita distinguendum esse.

Probatur etiam ex *L.* 25 § 1 *ff. de except. rei jud.*, ubi expresse dicitur in potestate emptoris esse qua actione agat, additurque, quod si alterutra egerit victusque fuerit, ei obstet exceptio rei judicatae, si altera agere velit: sic juxta J. C. si emptor egerit redhibitoria, ut victus fuerit, postea ob idem vitium quanti minoris agens repelletur exceptione rei judicatae. Atqui tamen juxta adversarios non posset repelli, nam, juxta eos, qui quanti minoris agit, ex diversa causa agit quam qui agit redhibitoria, scilicet, juxta illos, redhibitoria agit qui rem empturus non fuisset; ponamus ergo eum vinci ex eo quod judicetur ipsum, non obstante vitio, empturum fuisse, nulla tunc dari potest ratio quare non posset amplius agere quanti minoris ob idem vitium, cum jam ex diversa causa agat, dicens se empturum quidem fuisse, sed non tanti. Ast juxta nostram sententiam, quae statuit utramque actionem ex eadem causa oriri, nempe ex vitio qualicumque, clarum est quod possit repelli exceptione rei judicatae.

Quod attinet *L.* 61 *ff. h. t.*, in qua ob servitutem celatam emptori sola actio quanti minoris datur, jam inde diximus ibidem non agi de aedilitiis actionibus, quae non dantur, nisi ob vitium vel morbum, sed agi in ea de actione quanti minoris ex empto, adeoque illa lex non enervat ea quae diximus.

§ VIII.

Quid si venditor vel emptor mortuus sit pluribus relictis heredibus? Si plures heredes sint emptoris, omnes simul consentire debent, si redhibere velint rem venditam; si enim unus partem, quam jure hereditario in re empta habet, redhiberet, et alter pro sua parte quanti minoris agere vellet, venditori fieret injuria, quatenus partem rei cogeretur recipere, et invitus in communione esse; eatenus ergo individua est causa redhibitionis, quod unus non possit partem suam tantum redhibere: caeterum si tota res ab heredibus fuerit redhibita, jam quisque eorum pro sua parte hereditaria aget ad redhibitionem pretii cum usuris (*L.* 31 § 5 *ff. h. t.*). Quod si plures venditoris sint heredes, emptor cuique pro parte redhibere potest, nec illi queri possunt quod in communione esse cogantur, nam equidem res fuisset communis inter eos, si vendita a defuncto non fuisset (*L.* 31 § 10 *ff. h. t.*). Quod si plures simul eandem rem emerint ab eodem, si quidem unus pro parte emerit, alter pro altera, quisque partem redhibebit: si in solidum emerint, quisque totam rem redhibebit: et viceversa, si quis a pluribus emerit, siquidem ita ut quisque venditor obligaverit se in solidum, cuique in solidum redhibebit (*L.* 31 § 10 *ff. h. t.*): si vero ita, ut quisque pro parte venditor esset, poterit partem uni redhibere, partem alteri, vel cum altero agere quanti minoris, imo in hoc casu poterit eum, qui ex majore parte venditor fuit, in solidum redhibitoria convenire, nec pro parte cogetur agere contra quemcumque; quod in hac actione singulare est (*L.* 44 § 1 *ff. h. t.*).

§ IX.

Si quis plures res simul emerit, et una ex illis morbosa sit vel vitiosa, an omnes redhibere poterit? Si quidem unam propter aliam emit, ita ut unam solam empturus non fuisset, omnes redhibere potest, sine distinctione an uno pretio omnes simul emerit, an vero pretium pro singula re fuerit statutum, v.g. si equos emerim per modum paria, si unus morbosus sit, utrumque redhibere possum (*L.* 38 § *ult.*, *L.* 34 § 1 *ff. h. t.*). Quod si una non fuerit empta proter aliam, ita ut unam sine altera emisset emptor, ea sola redhiberi poterit quae vitiosa est, et si omnes uno pretio venierint, judex aestimabit eam quae redhibetur: sic si duo paria equorum emam, non tamen per modum quadrigae, vitiosum possum redhibere, alterum non (*L.* 38 § 12 *et ult ff. h. t.*); excipitur tamen casus, ubi res venditae non possent commode separari a se invicem, nam tunc etiam si una propter alteram non fuerit empta, ob vitium unius, etiam altera redhibebitur (*L.* 35 *ff. h. t.*).

§ X.

Quid si emptor una ex his actionibus egerit et obtinuerit, an adhuc semel eadem vel altera agere poterit? Siquidem egerit redhibitoria, nec eadem, nec quanti minoris agere poterit, nam rem non habet amplius; sed si primo egerit quanti minoris, non potest quidem amplius agere redhibitoria, vel quanti minoris ob idem vitium ob quod antea egit; sed nil vetat quominus possit, si aliud vitium detegat, agere quanti minoris, vel actione redhibitoria, modo hoc casu, dum redhibitoria agit, restituat id, quod actione quanti minoris consecutus est (*L.* 16 *ff. h. t.*).

§ XI.

Quanto tempore durant actiones aedilitiae? Redhibitoria durat sex mensibus, quanti minoris anno (*L.* 19 § 6 *ff. h. t.*) computando a die factae venditionis, vel a die quo venditor promisit, quando ob ejus promissionem illae actiones dantur. Sunt tamen casus, in quibus redhibitoria tantum durat duobus mensibus, scilicet primo, si ideo agere velit emptor, quod venditor non cavarit de iis, quae in edicto aedilitio continentur, nam ob hoc tantum nullum adhuc vitium vel morbus apparet: secundus casus est, si ob ornamenta jumenti venditi non praestita emptor agere velit, nam

et pro ornameotis, quibus ornatum erat jumentum venditionis eausa, actiones hae competunt, si venditor ea non praestet (*L.* 38 *princ. et* § 11 *ff. h. t.*).

§ XII.

Ex dictis patent differentiae ioter redhibitoriam, et quanti minoris, nempe per redhibitoriam emptor reddit rem et pretium repetit, per quanti minoris repetit tantum partem pretii. Redhibitoria tantum semel potest agi, quanti minoris pluries ob diversa vitia. Redhibitoria durat regulariter sex mensibus, quanti minoris anno.

§ XIII.

In quo differt actio ex empto ab actionibus aedilitiis? Actio ex empto est perpetua, aedilitiae certo tempore circumscribuntur. Actiones aedilitiae ex contumacia venditoris crescunt in duplum, non vero actio ex empto. Ædilitiae dantur etiam contra venditorem, qui vitium vel morbum ignoravit, actio ex empto non datur regulariter contra venditorem ignorantem. Si plures sint veoditores, quisque pro parte tantum conveniri potest, actiones vero aedilitiae dantur in solidum contra eum, qui majorem partem in venditione habuit.

§ XIV.

Ultra actionem redhibitoriam ex edicto aedilitio, alia adhuc est redhibitoria, quae oritur ex conventione, quando nempe vendita fuit res ea lege ut, nisi placeret emptori', eam redhibere posset, quo casu, si tempus sit expressum, id servandum est, si nullum sit expressum, daotur emptori duo menses (*L.* 31 § 22 *et* 23 *ff. h. t.*).

§ XV.

Alia pars aedilitii edicti refertur io *LL.* 40, 41 *et* 42 *ff. h. t.*, eaque cavetur, ne quis animal, quod nocere solet, habeat, juxta loca, per quae vulgo iter fit; alioquin si liber homo occisus sit a tali animali, mulcta ducentorum aureorum praestanda est; si vero tantum laesus sit, in id quod judici aequum videbitur fiet condemnatio; tandem si alio modo nocitum sit, dupli aestimatio praestanda erit.

TITULUS II.

DE EVICTIONIBUS ET DUPLAE STIPULATIONE.

§ I. Quare stipulatio duplae introducta sit.
§ II. Requisita ad hanc actionem, et primo de titulo oneroso.
§ III. Explicatur *L.* 1. *cod. de rer. permut.*
§ IV. Quid si res in solutum data evicta sit.
§ V. An in dote evicta praestanda est evictio.
§ VI. An in donatione.
§ VII. An in legato.
§ VIII. De secundo requisito, scilicet, ut res realiter sit evicta.
§ IX. Quid si res retrahatur a consanguineo.
§ X. Quid si res pereat antequam auferatur.
§ XI. Quid si donata sit antequam auferatur.
§ XII. Quid si emptor condemnatus sit in litis aestimationem.
§ XIII. Quid si ex hereditate vendita aliqui fundi evincaetur.
§ XIV. Quid si pars rei evincatur.
§ XV. Quid si ususfructus evincatur.
§ XVI. Exponitur *L.* 64 *ff. h. t.*
§ XVII. De tertio requisito, scilicet, ut emptor monuerit venditorem litem sibi motam esse.
§ XVIII. Sed quid si venditor sciverit litem emptori motam esse.
§ XIX. Quid in hanc actionem veniat.
§ XX. Casus quibus haec actio cessat.
§ XXI. Si venditor pactus sit ne de evictione teneatur, re evicta, an ad pretium tenebitur.
§ XXII. Quid si emptor sciverit rem esse obnoxiam evictioni.
§ XXIII. Quid si culpa emptoris res evicta sit.
§ XXIV. Quid si emptor victus sit, quia neglexit exceptionem, qua opposita, vicisset.
§ XXV. Quid si victus sit propter imperitiam judicis.
§ XXVI. Quid si emptor tantum condemnatus sit in expensas litis.

§ I.

Obligatio veoditoris, ut sub *tit. de act. empt.* diximus, in eo consistit, ut teneatur rem tradere emptori, et praestare ei rem habere licere; si itaque res empta ab emptore evincatur, quooiam jam venditor non satisfecit obligationi suae, potest emptor contra eum agere actione ex empto ad id quod sua interest. Caeterum, eum admodum difficilis sit probatio ejus quod interest, solebat apud Romanos emptor a venditore stipulari, in casum quo res vendita evinceretur, ex qua stipulatione emptori, re evicta, dabatur actio ex stipulato ad duplum pretii quod dederat. Quoniam autem ordinarium erat talem stipulationem interponere, tandem introductum fuit, ut emptor cogere posset venditorem ad illam stipulationem interponendam, modo res vendita alicujus pretii esset (*L* 32 § 20 *ff. de aedil. edict.*, *L.* 37 *princ. et* § 1 *ff. h. t*); imo quandoque emptores stipulabantur triplum vel quadruplum (*L.* 56 *ff. h. t.*). Licet autem stipulatio duplae in venditionibus tantum interponi soleret, nil tamen impedit quominus etiam aliis negotiis adjiciatur, et ex ea agi possit (*L.* 52 *ff. h. t.*, *L.* 2 *cod. h. t.*). Per evictionem hic intelligimus ablationem rei in consequentiam sententiae judicis: parum autem interest quo genere judicii res auferatur, an reivindicatione, an actione hypothecaria etc. Is itaque, cui res evicta est,

habet regressum contra auctorem suum, seu eum a quo rem accepit, hicque regressus vocatur actio de evictione, v. g. si rem emerim a Titio, et Maevius illam rem evincat tamquam dominus, habebo actionem de evictione contra Titium, quae actio nil aliud est quam actio ex empto, vel actio ex stipulatu, si duplae stipulatio adjecta sit.

§ II.

Ut autem actione de evictione agi possit requiritur: primo, ut res acquisita sit titulo oneroso; secundo, ut realiter evicta fuerit in consequentiam sententiae judicis, idque sine culpa possessoris; et tertio, ut is, cui res evicta est, denuntiaverit auctori suo litem sibi motam esse. Primo itaque debet res acquisita esse titulo oneroso, et quamvis primitus haec actio tantum data fuerit pro rebus venditis, postea temen ad res per alios contractus onerosos in alterum translatas fuit extensa, saltem ut utilis actio de evictione detur (*L.* 4 *cod.h.t.*), licet in plerisque contractibus non militaret eadem necessitas, quae in venditione. Sic in permutatione, si fundum meum permutaverim cum fundo, quem Titius possidebat, et dein fundus a Titio mihi traditus evincatur, agere possum contra Titium ad id quod mea interest fundum evictum esse, seu agam actione praescriptis verbis; imo adhuc aliud remedium subest, nempe condictio *causa data causa non secuta*, per quam repeto fundum quem dedi, illa enim condictione repetimus id, quod dedimus ex contractu innominato, quando alter vicissim contractum suum non implet: jam autem in casu Titius contractum suum non implevit, in permutatione enim dominium transferri debet, quod Titius non transtulit: sic videmus quod in permutatione et similibus contractibus non adeo necessaria esset actio de evictione, quam in venditione, cum in illis contractibus detur aliud remedium, quod non habet locum in venditione, sed tamen ut contrahentibus magis consultum esset, etiam in permutatione, aliisque contractibus actio de evictione data fuit.

§ III.

Huc spectat *L.* 1 *cod. de rer. permut.*, ubi fundua: quem cum tuo permutaveram, supponitur evictus, ait imperator, quod si fundum meum venalem: habuerim, et tu qui intentionis esses eum emere, pecuniam paratam non haberes, dederis mihi alium fundum loco pretii; quod tunc, fundo quem tibi dederam evicto, possis agere de evictione ad id quod tua interest; si vero simpliciter permutaverim, cum fundum venalem non haberem, quod tunc possis eligere qua actione agas, an de evictione ad interesse, an condictione *causa data*, ed repetendum fundum quem dedisti. Ratio hujus est quod in primo casu, ubi fundum venalem habebam, eumque permutavi cum tuo fundo, iniverimus quidem permutationem, sed tamen mens nostra fuit ut illa permutatio regularetur juxta naturam venditionis, potius quam permutationis; nam imprimis supponitur quod fundum venalem haberem, et adeo mens mea non erat illum permutare, sed vendere; dein supponitur quod tu, cum pecuniam non haberes ad emendum meum fundum, loco pecuniae dederis mihi alium fundum, sic etiam tu hoc negotium potius intuitus es ut venditionem, quem ut permutationem: est quidem verum quod non possumus efficere ut sit venditio, aut quominus maneat permutatio, quoniam in venditione pretium est de ejus essentia; sed hoc equidem possumus efficere ut, licet permutatio sit, ea tamen reguletur juxta regulam emptionis venditionis, jam autem in venditione, re vendita evicta, emptor non potest pretium repetere, sed de evictione ad interesse agere potest; ergo etiam hic, si fundus quem tibi dederam evincatur, non potes repetere eum, quem loco pretii mihi dedisti, sed ad interesse tantum agere potes. Aliud est in secundo casu, in quo simpliciter fundum eum tuo permutaveram, nec eum venalem habebam, adeoque hoc casu debet regulari negotium, juxta regulas permutationis; jam autem in permutatione, re evicta, alter potest rem suam quam dedit condicere, vel agere actione praescriptis verbis ad interesse.

§ IV.

Quid si rem in solutum tibi dederim, eaque evincatur, v. g. eum mille tibi deberem, loco mille fundum tibi solvi consensu tuo, et ille fundus evincitur? Poteris inprimis agere contra me actione de evictione ad id quod tua interest (*L.* 4 *cod h. t.*): nempe titulo oneroso fundum illum accepisti, et datio in solutum, ut in dicta lege ait imperator, vicem venditionis obtinet, quodammodo enim fundum emisti pro mille, quae tibi debebantur; idemque est, si loco unius rei quem tibi debebam, alteram solverim, nam tunc veluti permutatio facta est. Sed an, re quam tibi in solutum dedi evicta, non poteris pristine actione agere, eaque petere id quod ante tibi debebam? Id omnino affirmandum est sine distinctione, an res pro re in solutum data fuerit, an res pro pecunia, ut probatur aperte ex *LL.* 46, *et* 98 *ff. de solut.* Ratio est quod solutio, vel datio in solutum non liberet debitorem, nisi dominium irrevocabile in creditorem transferat; unde, dum convenimus ut loco ejus quod tibi debeo, fundum in solutum dem, mens nostra est ut dominium irrevocabile istius fundi in te debeam transferre, sic non simpliciter discedimus a priori obligatione, sed tantum ita, si dominium irrevocabile fundi in te transferam; si ergo fundus a te evincatur, cum jam constet

quod fundum irrevocabiliter tuum non fecerim, apparet quod pristina obligatio, per quam fundum tibi debebam, non fuerit extincta, seu quod actio ex priore obligatione tibi salva manserit, adeoque pristina actione adhuc me convenire poteris.

Nec obstat *L.* 4 *cod. h. t.*, ubi imperator actionem de evictione quidem concedit, sed non pristinam actionem; nam ideo quod dicat actione de evictione agi posse, non negat agi posse pristina actione, ideo enim tantum respondet de actione de evictione, quia de ea tantum interrogatus fuerat; itaque, cum ex aliis textibus habeamus pristinam obligationem sublatam non esse, sed actionem perdurare, ex illis textibus supplendum est quod in hac lege omisit imperator.

Obj. quod dum rem in solutum do pro pecunia quam debeo, emptio-venditio videatur contracta; atqui in emptione-venditione non debet dominium transferri; adeoque, licet dominium non traostulerim rei, quam in solutum dabam, sublata tamen est pristina obligatio, et sic ex ea amplius agi nequit. ℟. falsum esse quod non tenear dominium transferre rei, quam in solutum do; licet enim in solutum datio habeat affinitatem cum venditione, non tamen est vera venditio, per eam enim non intendimus tantum rem pecunia debita commutare, sed plus volumus, nempe recedere a priori obligatione, eamque extinguere; sicque non est simplex venditio, sed ulterius agitur ut dominium transferri debeat ejus, quod in solutum datur, utque si hoc non fiat, pristina obligatio remaneat.

Obj. *L.* 24 *ff. de pign. act.*, ubi supponitur: quod pignus alicui dederim pro summa, quam ei debebam, cumque non solverem, nec creditor reperiret emptorem, qui pignus emeret, impetravorat a principe ut jure dominii pignus pro debito retinere posset, quo casu pignus quodammodo in solutum datum est pro debito: postea pignus creditori evictum erat: quaerebatur an convenire me posset actione pignoratitia contraria, ad id quod sua interest, quod rem alienam ai pignori dederim: ait J. C. *et videtur finita esse pignoris obligatio, et a contractu recessum, imo utilis ex empto accommodata est:* sic videtur decidere non posse amplius agi pristina actione, sed tantum actione de evictione. ℟. quod per illa verba, *et finita videtur esse pignoris obligatio et a contractu recessum*, J. C. non decidat pristinam obligationem esse extinctam, sed tantum dubitandi causa ista verba adjecit, quasi diceret prima facie videri posse eam esse extinctam, sed tamen non ita esse, imo non tantum pristinam actionem superesse, sed etiam dari utilem actionem ex empto de evictione. Quod autem hic sit sensus J. C. patet ex eo, quod istum casum comparet casui, ubi rem in solutum dedi, quo casu dicit ea evicta competere adhuc actionem ad id quod debetur, vel agi posse actione ad interesse; cum ergo istum casum comparet priori, vult quod idem in priori casu sit dicendum.

Sed numquid novatum est prius debitum, quando alia res in solutum datur? Si hoc verum esset, certo non posset amplius agi ex pristina obligatione, nam per novationem extinguitur pristina obligatio, sed non potest dici novationem factam esse, nam tunc tantum est novatio, quando prius debitum in novum transfunditur; hoc autem hic non contingit, non enim convenit ut loco prioris debiti alia res deberetur, sed tantum ut alia res solvi posset, sicque prius debitum non est extinctum.

Sed quid interest creditoris retinere actionem ex priore debito, cum possit agere de evictione ad interesse? Multum sane potest ejus interesse pro accessoriis prioris obligationis, nam, si supponamus priori obligationi accessisse pignus, hypothecam, vel fidejussorem, commodo eorum privaretur creditor, si pristina obligatio foret extincta.

§ V.

Quid si res in dotem data fuerit evicta? Imprimis, si dos aestimata evicta fuerit, competit actio de evictione, nam in dote aestimata venditio intervenit: vocatur autem dos aestimata, dum loco pecuniae in dotem promissae res aliqua datur. Quod si dos inaestimata fuerit, distinguendum videtur inter casum, quo dos a patre uxoris profecta est, et casum quo ab alio: priori casu competit actio de evictione, pater enim ad dotem dandam tenetur, et recte ejus gener dicet se titulo oneroso eam acquisivisse, intuitu enim dotis a patre dandae onera matrimonii suscepit, et licet nulla dos a patre promissa fuerit, sciebat tamen gener patrem ad dotem dandam teneri: quod si alter dotem dederit, videtur iterum distinguendum, utrum ille dotem ante nuptias promiserit, utrum non; ut priori casu teneatur de evictione, nam tune iterum recte dicet maritus se intuitu dotis promissae onera matrimonii subiisse; secundo casu non tenebitur de evictione, quoniam jam maritus non poterit dicere se onera matrimonii intuitu dotis subiisse, nam supponitur nullam dotem ei promissam fuisse, antequam nuptias iniret, nisi tamen quis sciens alienam rem dedisset, nam tunc maritus eum convenire posset actione de dolo ad interesse; et sic intellige *L.* 1 *cod. de jure dot.*

§ VI.

Quid si res donata evicta sit? Non competit actio de evictione contra donatorem, nisi donatarius stipulatus fuisset evictionem sibi praestari (*L.* 2 *cod. h. t.*); donatio enim est titulus mere lucrativus, et iniquum foret donantem ex liberalita-

Digitized by Google

te sua damnum sentire, qui non obligavit se ut efficeret rem apud donatarium remansuram, sed simpliciter dedit rem prout erat; nec distiogue an donatie a donatione, an vero a promissioue, incoeperit, nam utroque casu titulus lucrativus est, et secundo casu potest quidem conveniri donator ut tradat, licet nudo pacto deoatie facta sit, juxta *L.* 35 § *ult. cod. de donat.*, sed tamen de evictione conveoiri nequit; ime licet mala fide rem alienam sciens quis denaverit, adbuc actio de evictione cessat, quamvis tamen hoc casu donatarius habeat actionem doli ad damnum quod passus est (*L.* 18 § *ult. ff. de donat.*).

§ VII.

Quid si res legata evincatur, an heres de evictione tenetur? Imprimis, si certa res legata fuerit, et testator igneraverit eam esse alienam, vel pignori obligatam, heres non tenetur, nam legatum erat nullum, vel saltem satisfecit heres rem praestando prout erat: si vero testater alienam esse sciebat, tunc cogetur heres eam redimere et legatario praestare, vel si non possit, tenebitur aestimationem praestare; itaque, eum re evicta appareat id factum non fuisse, actione ex testamento aget legatarius ut id fiat, non vero actione de evictione, eum sit titulus lucrativus. Quod si res in genere v. g. equus legatus sit, et heres rem alienam det, eaque evincatur, legatarius aget contra heredem actione ex testamento, ut aliam rem det, nam rem alienam dando liberatus nen fuit, cum cogeretur rem ita legatarii facere, ut apud eum remaneret (*L.* 58 *ff. h. t.*, *L.* 29 § 3 *ff. de leg.* 3); sicque nec hoc casu locus est actioni de evictione.

§ VIII.

Secundum requisitum ut possit de evictione agi est, ut res realiter evicta sit in consequentiam sententiae judicis; hinc imprimis sequitur quod, licet emptor detegeret rem, quam emit et traditam accepit, alienam esse, vel alteri obligatam, non posset eo nomine coovenire venditorem suum, quamdiu res evicta non est (*L.*3 *cod.h. t.*); etenim obligatur tantum venditor ut tradat, et praestet emptori habere licere, sicque quamdiu res non est evicta, venditer suae obligatieni satisfecit, et consequenter eo nomine eenveniri nequit, nisi ut duplum promittat in casum evictienis. Aliud est in aliis contractibus v. g. permutatione, nam statim ac scio rem, quam alter mihi tradidit permutationis causa, alienam esse, possum ipsum convenire, non quidem quasi res evicta feret, sed condictione causa data, ad repetendam rem quam dedi, vel praescriptis verbis ad id quod mea interest dominium nen esse translatum. Disparitas est quod in permutatione dominium transferri debeat, adeoque si translatum non sit, permutans non satisfecit obligationi suae, sicque eo nomine potest conveniri. Sunt tamen quidam casus, ubi emptor contra venditorem agere potest actione ex empto, licet nondum sit evicta, scilicet si convenerit inter eos, ut eb id agi possit (*L.* 12 *cod. h. t.*); item si venditor sciens rem alienam esse ignoranti vendiderit (*L.* 30 § 1 *ff. de act. empt.*).

Ex eo quod res debeat realiter esse evicta, ut actieni de evictione locus sit, sequitur quod, si emptor sponte restitoerit rem ei, qui litem pro ea movebat, non habeat actionem de evictione, quia scilicet res nen est evicta: alterius, si quis abstulerit rem ab emptore sine sententia judicis, v. g. vi eum expulerit, emptor actionem de evictione non habet (*L.* 17 *cod. de act. empt.*).

§ IX.

Quid si consanguineus venditoris auferat fundum ab emptore vi retractus gentilitii? Emptor non poterit agere de evictione, venditor enim impedire nequit, ne consanguinei sui fundum retrahant, unde non obligat se ad hoc, ne fundus retrahatur, prout se obligat ne quis jure dominii vel hypothecae eum evincat, et emptor scire debet id jus consanguineis venditoris competere; unde de eo queri nequit. Cui accedit, quod vi retractus retrahens ponatur in locum emptoris, videaturque ipse ab initie emisse, et emptoris jus resolvatur, habetur enim ac si nunquam emisset, pretiumque quod dedit ipsi refunditur.

§ X.

Quid si rem tibi vendiderim, et aliquis tibi litem moveat et vincat, postea autem res pereat antequam evincatur? Id non sufficit, ut possit emptor agere ex duplae stipulatione (*L.* 21 *ff. h. t.*), quia nempe nen est verum dicere rem evictam esse, quamvis evicta fuisset, si non periisset: scilicet, ut ait J. C. in § 1 *ejusd. L.*, ut committatur stipulatio duplae, requiritur ut emptori non liceat rem habere propter ipsam evictionem, in casu autem nen licuit emptori rem habere ob interitum; hinc etiam, si is qui vicerat emptorem moriatur sine herede, antequam evicerit, ut jam nemo sit qui evincat, nen datur actio ex duplae stipulatione, quoniam iterum res evicta non est (*L.* 57 *ff. h. t.*).

§ XI.

Quid de hoc casu? Vendidi alicui fundum, Titius emptori litem movit et vicit, non autem abstulit fundum ab emptore, sed ei donavit vel legavit: an emptor poterit me convenire ex stipulatione duplae, quasi fundus evictus foret? Verius vi-

detur quod non possit. Probatur ex *lege* 57 § 1 *ff. h. t*, ubi Gajus, postquam in *princ.* dixerat non esse commissam stipulationem, si is, qui vicerat, mortuus sit sine successore antequam evinceret, pergit ad alterum casum, et ait: *quod cum ita est, videamus num etsi ab eo qui vicerit donata legatave res fuerit emptori, aeque dicendum sit ex stipulatu actionem non nasci, scilicet, si antequam abduceret vel auferret, donaverit aut legaverit:* dicimus autem quod, quamvis prima facie videri possit in illis verbis non decidisse quaestionem, sed tantum proponere, revera tamen eam decidat; constat enim quod saepe dubitanter decidant J. C. per verbum *videamus* aut simile; si autem illa verba possint sumi tamquam decisiva, ita accipi debent, quia non est admittendum J. C. propositas quaestiones indecisas reliquisse. Praeterea, postquam dixerat, videndum esse, an stipulatio commissa non sit, dum is qui vicit, donat vel legat rem emptori antequam abduxerit, pergit *alioquin stipulatio semel commissa resolvi non poterit;* quibus verbis vult quod, si postquam abducta res est, tunc donata sit vel legata, hoc casu stipulatio commissa sit, et semel commissa non evanescat; cum autem hunc casum opponat priori per verbum *alioquin*, signum est quod in priori casu putaverit eam non esse commissam. Probatur etiam ex eo, quod tunc tantum committatur stipulatio duplae, quando emptori habere non licet propter ipsam evictionem; atqui hic emptori rem habere licet, imo semper ei habere licuit, nunquam enim ei ablata fuisse supponitur; sicque stipulatio duplae committi non potest.

Caeterum notandum quod, licet in casu emptori actionem duplae denegemus, quia res evicta non est, fateamur tamen cum posse agere ex empto, quatenus iniquum esset ut donatio illa emptori facta, non ipsi, sed venditori prodesset, quod contingeret, si venditor conveniri non posset: sic in casu *L.* 9 *ff. h. t.*, ubi vendideram tibi rem Titii, et tu postea heres Titii factus eras, quamvis res tibi evicta non sit, imo nec evinci jam possit, cum dominus ejus factus sis, et adeo non competat tibi actio ex stipulatu, concessa tamen fuit actio ex empto; idem deciditur in *L.* 41 § 1 *ff. h. t.*, scilicet, saepe contingit ut detur emptori actio ex empto, quamvis actio ex stipulatu, utpote re non vere evicta, cesset.

Obj. Si victor abstulisset rem ab emptore, et tunc ei donasset vel legasset, jam posset emptor ex stipulatu agere contra venditorem; ergo etiam, dum ante ablationem ei donavit. Disparitas est, quod primo casu res vere ablata, seu evicta fuerat, adeoque tunc extitit conditio stipulationis, sicque jus quaesitum est emptori agendi ex stipulatu, quod jus non amittit propterea quod res ei donetur: in secundo autem casu non fuit evicta; sic non extitit conditio stipulationis.

Inst. Atqui etiam in secundo casu commissa videtur stipulatio duplae, nam si revera ablata fuisset res emptori, et tunc ei donata, jam certe commissa esset stipulatio; atqui sic factum videtur, nam dum dominus rem suam donat ei, penes quem est, videtur res a possidente ei tradi, et tunc ab eo iterum tradi possidenti cui donat. ℟. Imprimis negari posse, quod emptor fingatur rem tradidisse domino, et tunc iterum dominus emptori, nam, ut constat ex § 44 *instit. de rer. divis.*, quando transfero rem meam in eum, penes quem est, tunc dominium sine ulla traditione in eum transfertur, sic nec ficta traditione hic opus est. Praeterea licet concederemus videri rem ablatam a domino, et tunc iterum traditam emptori, adhuc non sequeretur commissam esse stipulationem, nam conditio stipulationis est, si res evincatur; dicitur autem res evinci, quando realiter ablata est; itaque haec conditio debet revera existere juxta verba stipulationis, praecipue cum stipulatio sit stricti juris; iniquum enim esset, si conditio, quae revera non existit, fingeretur existere cum magno venditoris damno, qui recte dicturus est quod de vera evictione intellexerit.

Obj. quod emptor jam rem non amplius teneat titulo emptionis, sed titulo donati vel legati, non enim per emptionem, sed per donationem vel legatum dominium acquisivit. ℟. Inde nil sequitur, nam obligatio venditoris non est, ut emptor acquirat dominium rei venditae, sed tantum ne ab eo evincatur; in casu autem non fuit evicta, nec unquam possessionem rei amisit emptor, imo eandem possessionem semper retinuit, quamvis supervenerit ei novus titulus; itaque non est ratio dicendi quod stipulatio duplae sit commissa.

Fortiter tamen obstat *L.* 21 § 2 *ff. h. t.* versu *quamvis si ipse*, ubi supponitur quod, cum fundum tibi vendidissem, aliquis tibi litem moverit et vicerit: tu autem loco fundi solveris litis aestimationem actori: ait J. C. stipulationem duplae commissam esse, hac ratione, quod nisi pretium actori dedisses, tibi rem habere non licuisset, quodque videaris potius habere rem ex secunda venditione seu ex litis aestimatione, quam ex venditione, quam mecum inivisti; jam autem in nostro casu etiam dici potest, quod emptor potius rem habeat ex donatione vel legato, quam ex venditione; ex quo sequi videtur etiam stipulationem committi. Sed disparitas est, quod in casu objecto, ratio quare placeat stipulationem commissam esse non sit haec praecise, quod ex secunda venditione seu ex litis aestimatione rem habeat potius, quam ex prima, sed haec, quod emptor pretium rei solvere coactus fuerit actori, ut eam retinere posset, et nisi pretium dedisset, res ablata fuisset; jam autem, licet res realiter ablata ei non sit, adeoque stricte loquendo non sit commissa stipulatio, ob pretium tamen quod ei abest, placuit ut haberetur pro commissa, nempe

Digitized by Google

receptum est ut, cui pretium abest, ipsa res abesse videatur (§ 6 *instit. de legatis*); quod non tantum placuit in casu legati, sed etiam in aliis juris materiis (*L.* 14 *ff. de verb. sign.*). Et certe quod haec fuerit vera ratio, quare placuerit stipulationem in illo casu videri commissam, patet ex initio *ejusd.* § 2, ubi J. C. alium casum proponens negat in eo committi stipulationem, quia, inquit, neque pecunia, neque corpus emptori abest: atque, dum in secundo casu, quem statim subjungit, dicit commissam videri stipulationem, ideo eam commissam putat, quia pecunia emptori abest: deinde quod in casu objecto stipulatio habeatur pro commissa, quamvis a parte rei commissa non sit, ex aequitate contra strictam juris rationem est receptum, ut colligitur ex verbo *placet*, quo J. C. utitur; quae autem sic recepta sunt non possunt extendi ad alios casus, in quibus est diversa ratio, prout in nostro casu, nullum enim pretium emptori abest. Nec ad rem facit quod J. C. in *d. L.* 21 § 2 pro ratione alleget, quod emptori potius ex secunda emptione habere liceat, quam ex pristina; nam haec secunda ratio non est principalis, nempe haec principalis est, quod pretium emptori absit, secundam rationem J. C. tantum adjicit ad clarius demonstrandam aequitatem suae sententiae, quamvis haec secunda ratio per se sola non esset sufficiens.

Obj. etiam *L.* 10 § *ult.*, et *L.* 12 *ff. mand.* Notum est quod fidejussori competat actio mandati contra reum principalem, sed ut ea agere possit, requiritur ut ex causa fidejussionis aliquid ei absit: supponitur jam in *dd. LL.* quod creditor donaverit vel legaverit debitum fidejussori: quaeritur an agere possit fidejussor contra reum principalem, quasi ei aliquid absit, seu quasi solvisset, et ait eum posse agere; ergo etiam in nostro casu res emptori donata vel legata abesse ei videtur, et consequenter stipulatio duplae debet dici commissa. R. Imprimis J. C. ibidem non generaliter dicit, quod fidejussor possit mandati agere contra reum principalem, sed tantum quando creditor remunerandi fidejussoris causa ei donavit vel legavit debitum; nam dum simpliciter donavit vel legavit, expresse denegat fidejussori actionem mandati; nempe, dum remunerandi fidejussoris causa creditor debitum donavit, jam constat quod soli fidejussori voluerit benefacere, a quo forte beneficio affectus fuerat: si autem fidejussor non haberet tunc regressum contra reum principalem, soli reo principali illa remuneratio fidejussori facta prodesset; imo recte dici potest, quod si creditor scivisset ex ea remuneratione nil lucri proventurum ad fidejussorem, aliam rem ei donasset; sed in nostro casu supponitur simpliciter donasse vel legasse emptori. Praeterea, licet supponeremus quod in casu nostro dominus remunerandi animo rem emptori donasset, vel legasset, adhuc non foret paritas: nempe in casu objecto agitur de actione mandati danda fidejussori contra reum principalem; mandatum autem est contractus maxime bonae fidei, in quo proinde aequitatis ratio omnino habenda est, et benigna interpretatio adhibenda; hinc non mirum quod leges in casu objecto dent actionem mandati fidejussori, cum creditor eum remunerari volens, ei soli prodesse voluerit. Sed in nostro casu agitur de stipulatione, quae stricti juris est, et quae consequenter commissa dici non debet, nisi conditio ejus existat, vel saltem a legibus pro existente habeatur; jam autem in casu non extitit conditio, nec ulla lex est, quae eam pro existente habendam dicit. Sane si quis ex decisione J. C. in *L.* 10 § *ult. et* 12 *mand.* velit inferre in nostro casu dandam esse emptori actionem ex empto, non refragabimur; jam enim ante diximus eam dari emptori in nostro casu, licet negemus ei actionem ex stipulatione duplae.

§ XII.

Ex dictis patet non alias committi stipulationem duplae, quam si res revera evicta sit, vel emptor condemnatus fuerit in litis aestimationem, prout ait J. C. in *L.* 16 § 1 *ff. h. t.*, ubi tertium casum addit: si nempe vendiderim tibi rem, et cum alius eam possideret, tu contra eum egeris, et absolutus fuerit possessor; nam et hoc casu rem tibi habere non licet, eodem modo ac si evicta tibi fuisset.

Caeterum nota quod non requiratur praecise, ut ipsi emptori res evincatur, ut de evictione agere possit, sufficit quod ejus successori evincatur, modo intersit emptoris successori non evinci: sic si tibi rem vendam, et tu alteri vendas, re secundo emptori evicta, tu de evictione contra me agere potes, nam videtur tibi evicta, quoniam tu teneris secundo emptori de evictione (*L.* 22 § 1 *et L.* 23 *ff. h. t.*).

§ XIII.

Nota etiam, quod ut detur actio de evictione, debeat ipsa res vendita evicta fuisse, nam venditor tantum se obligavit ut eam habere licere praestaret emptori; hinc si heres sim Titio, et hereditatem illam tibi vendam, tenebor quidem de evictione, si quis hereditatem tibi auferat, quoniam tunc hereditas seu res vendita evicta est. Sed si quis fundos aliasve res, quae in ista hereditate sunt, a te evincat, de evictione non teneor, nisi affirmassem fundos illos esse hereditarios, vel evictionem pro singula re promisissem (*L.* 1 *cod. h. t.*). Ratio est, quod dum hereditas vendita est licet fundi qui in ea sunt evincantur, res vendita tamen non est evicta; fundi enim et aliae res singulares non faciunt hereditatem, imo nequidem partem ejus, nam hereditas est juris nomen complectens omnia jura, quae defunctus habebat, sic singuli fundi non

Digitized by Google

sunt venditi. Praeterea, quamvis fundi illi aliquo sensu possint dici venditi, hoc tamen eatenus vorum est, quatenus sunt hereditarii; eum ergo jam appareat fundos evictos non esse hereditarios, sed alienos, apparet etiam quod nullatenus possint dici venditi, quatenus tantum venditum est jus, quod defunctus habebat.

§ XIV.

Quid si pars rei venditae evincatur? Siquidem pars heterogenea, ut vocant, evincatur, non committitur stipulatio duplae: v. g. si domo vendita tabulae aut coementa evincantur (*L.* 36 *ff. h. t.*), quamvis tamen locus sit actioni ex empto (*L.* 23 § 1 *ff. de usurp. et usucap.*). Quod si pars homogenea evincatur v. g. medietas fundi, multi contendunt stipulationem duplae pro parte esse commissam; sed verius videtur eam commissam non esse, nisi in stipulatione expressum sit ut, parte evicta pro parte committeretur, quamvis fateamur hoc casu emptori competere actionem ex empto. Ratio est quod, ut commissa sit stipulatio duplae, requiratur ut existat conditio, sub qua contracta est; jam autem conditio haec erat, si res evincatur; parte autem evicta, non est verum dicere rem evictam esse; adeoque non est commissa stipulatio, nempe omnis conditio est individua, nec sufficit eam pro parte impleri: sic v. g. si fundus mihi legatus sit sub conditione, si centum dem heredi, dando quinquaginta, nullam fundi partem petere possum (*L.* 56 *ff. de condit. et demonstr.*): sic etiam in hypotheca, quae pro nulla parte liberatur, nisi totum debitum sit solutum; idque tanto magis obtinet in nostro casu, in quo agitur de stipulatione, quae est stricti juris.

§ XV.

Quod si ususfructus rei evincatur, placuit stipulationem esse commissam, remque pro evicta haberi; nempe ususfructus omne emolumentum rei absorbet, redditque proprietatem domino suo fere inutilem, unde placuit ut videretur hoc casu ipsa res evicta esse, adeoque ut stipulatio duplae in totum committatur, ita tamen ut, si ex ea emptor agat, venditor per exceptionem doli possit consequi, ut deducatur aestimatio proprietatis, quae emptori evicta non fuit (*L.* 62 § 2 *ff. h. t.*). Quod si servitutem praedialem aliquis in fundo vendito praetendat, certe pro nulla parte commissa est stipulatio duplae, quoniam servitus non absorbet utilitatem fundi, et falsum est dicere, quod emptori propterea rem habere non liceat. Caeterum si venditor sciens celaverit servitutes, vel affirmaverit fundum liberum esse, aut quod idem est vendiderit eum, uti optimus maximus esset, emptor his casibus actione ex empto aget ad id quod sua interest; idemque est, si evincantur servitutes, quas venditor dixerat fundo vendito deberi (*L.* 75 *ff. h. t.*, *L.* 66 *ff. de contrah. empt.*).

§ XVI.

Ut revertamur ad casum, ubi res pro parte evicta fuit, pertinet hic famosa species a Papiniano relata in *L.* 64 *ff. h. t.*, ubi supponit partem fundi evictam esse, adjectamque fuisse mentionem partis in stipulatione. Casus hic est: venditus fuerat fundus 1000 jugerum pro viginti millibus: ex illis 1000 jugeribus flumen 200 abstulit, et postea ex reliquis 800 evincuntur 200 jugera pro indiviso: quaeritur an per istam evictionem stipulatio duplae sit commissa pro una quarta, an pro una quinta fundi venditi: decidit autem Papinianus stipulationem tantum esse commissam pro una quinta. Ratio est quod fundus esset 1000 jugerum, jam autem supponuntur tantum evicta 200, adeoque praecise evicta est una quinta; est quidem verum, quod fundus post deluvionem sit tantum 800 jugerum, et sic quod evictis 200, evincatur una quarta prout nunc est; sed id nil ad rem facit, nam, ut videatur pro qua parte commissa sit stipulatio, debet inspici non quae pars evicta sit prout fundus nunc est, sed quae pars fundi venditi evicta sit; jam autem fundus venditus erat 1000, et 200 constituunt quintam ejus partem. Notandum quod ubi 200 jugera pro indiviso evincuntur ex 800, quae restant post deluvionem, appareat unam quartam fundi venditi fuisse alienam, seu quod ex 1000 jugeribus 250 aliena essent, et sic quod ex 200 jugeribus per flumen occupatis sint 50 aliena, quae evicta fuissent, si deluvio non contigisset: quae cum ita sint, quare non committetur stipulatio pro una quarta? Quia ad actionem ex stipulatu non sufficit rem venditam, vel partem rei alienam esse, sed requiratur ut revera evicta fuerit; jam autem, licet 200 evictis, appareat unam quartam fundi seu 250 jugera aliena fuisse; cum tamen 200 tantum evicta sint, non est verum dicere unam quartam fundi evictam fuisse; est quidem verum quod, nisi 200 per flumen occupata fuissent, ex illis adhuc 50 evinci potuissent, sed non sufficit potuisse evinci, verum revera evicta fuisse oportet, ut quoad ea stipulatio committatur. Scilicet, juxta *L.* 21 § 1 *ff. h. t.*, tunc tantum committitur stipulatio, quando emptori rem habere non licet propter ipsam evictionem; atqui in casu propter evictionem 200 tantum habere non licet emptori, reliqua jugera quae ei absunt habere ei non licet, propterea quod flumen ea abstulerat, adeoque quoad illa pro nulla parte committi potest stipulatio, ut ait Papinianus, *nam quod periit damnum emptori, non venditori attulit:* id est quod si deluvio illa non contigisset, potuisset aliquid adhuc evinci ex illis 200, sed ob deluvionem nil amplius

evinci potest, et sic non potest committi stipulatio ratione partis jugerum, quae perierunt.

Sed quid si tota 800 jugera, quae restabant postquam flumen 200 abstulit, evicta fuissent? Jam vult Papinianus quod stipulatio committatur in totum; ratio est quod jam verum sit dicere totum fundum venditum evictum fuisse, adeoque in totum extitit conditio stipulationis duplae. Quod autem totus fundus venditus fuerit evictus probatur ex eo, quod fundus, licet per flumen diminutus, sit tamen idem qui venditus fuerat, eodem modo ut dum fundus venditus fit deterior v. g. paludosus, vel servus venditus fit scabiosus, remanet tamen idem servus vel fundus, eoque evicto, recte diceretur fundum vel servum venditum evictum fuisse; sicut autem bonitas, vel qualitas alicujus rei est accidens respectu rei, ita etiam quantitas fundi, dum fundus consideratur ut unum corpus per se subsistens, et sine relatione ad aliud, est accidens respectu fundi, et recte dicitur esse eundem fundum, licet ex quantitate aliquid decesserit, vel accreverit.

Obj. quod 800 tantum jugera sint evicta, sic pars tantum fundi venditi est evicta, 800 enim constituunt partem 1000. Sed ℟. quod 800 constituant quidem partem 1000, quando 1000 adhuc supersunt; sed post deluvionem 800 quae restant non faciunt amplius partem 1000, sed faciunt totum fundum, imo eundem qui venditus fuerat; adeoque verum est dicere totum fundum esse evictum; et certe qui 800 illa evincit, evincit illa tanquam constituentia totum fundum, cujus dominum se esse dicit.

Obj. Quando 800 quae restant evicta sunt, juxta Papinianum, totus fundus venditus potest dici evictus; ergo dum ex illis 800 200 evincuntur, una quarta totius fundi debet dici evicta, 200 enim praecise faciunt quartam partem 800: vel sic potest argumentum proponi: quando 200 evincuntur, tunc juxta Papinianum stipulatio committitur pro una quinta tantum; ergo dum 800 evincuntur, debet committi stipulatio pro quatuor quintis tantum, non in totum, et revera hoc argumentum ita stringere videtur, ut vix possibile sit salvari decisio Papiniani: et nil aliud responderi potest, quam dum 800, quae post deluvionem supersunt, tota evincuntur, jam consideretur fundus ut per se consistens, sine relatione ad quantitatem jugerum, quam continebat vel continuit; nempe id quod restat tunc evincitur, non quatenus continet 800 jugera, sed quatenus constituit fundum sine respectu ad quantitatem. Quando autem fundus consideratur ut per se consistens sine relatione ad aliam rem, vel ad quantitatem, est semper idem fundus, licet diminutus sit, adeoque est verum dicere totum fundum venditum fuisse evictum; sed dum evincuntur 200 jugera pro indiviso ex 800 quae restant, jam fundus consideratur non ut per se subsistens, sed ut quantus seu ut continens certam quantitatem jugerum; dum autem fundus sic consideratur, post diminutionem non est amplius idem fundus qui erat, dum venditus fuit; atque adeo, quamvis verum sit dicere quartam partem fundi, prout nunc est, fuisse evictam, non tamen est verum dicere quartam partem fundi venditi fuisse evictam.

Itaque juxta Papinianum, si unus tota 800, quae post deluvionem supersunt, evincat, stipulatio in totum committetur; si vero quatuor diversi, quisque 200 evincat, licet omnes simul tota 800 evincant, stipulatio non committetur in totum, sed pro quatuor quintis tantum, scilicet, primo casu fundus consideratur ut unum totum sine respectu ad quantitatem, sic autem consideratus remanet idem fundus qui fuit evictus, adeoque tunc fundus venditus principaliter evincitur, adeo ut quantitas, quam continet, per consequentiam tantum evincatur; sed in secundo casu in singula evictione 200 jugerum fundus consideratur ut quantus, seu ut continens certum numerum jugerum, sic autem consideratus non est idem fundus post deluvionem, adeoque cum singula evictione 200 evincantur, singula vice evincitur una quinta tantum fundi venditi, adeoque in toto quatuor quintae.

In § 1 *ejusd. L.* proponit Papinianus quod fundum 1000 jugerum tibi vendiderim, quod postea illi fundo 200 jugera per flumen siut adjecta, ita ut fundus jam sit 1200 jugerum: evincitur jam quinta pars hujus fundi, seu 240 pro indiviso: quaerit pro qua parte stipulatio committatur: et decidit quod actio ex stipulatu ita detur, quasi 200 tantum evicta essent, seu quod committatur stipulatio, non pro una quinta fundi, prout nunc est auctus, sed pro una quinta fundi, prout erat dum vendebatur. Ratio est quod venditor praestet tantum evictionem ratione ejus quod vendidit, jam autem, dum 240 evincuntur ex fundo per alluvionem ad 200 aucto, ex fundo vendito tantum evincuntur 200, et reliqua 40 evincuntur ex eo quod flumen adjecit; sicque cum ex fundo vendito 200 tantum sint evicta, emptor tantum agere potest ratione 200.

§ XVII.

Tertium requisitum est, ut is, cui res evincitur, denuntiet auctori suo litem sibi esse motam, (*L.* 8 *cod. h. t.*), scilicet venditor potest habere documenta, quibus litem instruat, et emptorem defendat: praeterea in evictione vertitur periculum venditoris, sic aequum erat ut emptor eum moneret, ne quodammodo insuditus condemnaretur; non videtur autem sufficere simplex denuntiatio, quod lis sit mota, sed requiritur ut venditori denuntietur quod liti adsistere debeat, ut ait *L.* 23 *cod. h. t.*, nempe potest emptor excludere

venditorem a defensione, si periculum in se suscipere velit; ut ergo ostendat se non velle periculo suo litigare, contrarium demonstrare debet per denuntiationem suam; debet autem haec interpellatio fieri tempestive, non prope finem litis (*L.* 29 § *ult. ff. h. t.*).

Quod si venditor fidejussorem dederit pro evictione, sufficit denuntiare venditori, nam fidejussor non magis instruere potest emptorem, quam quisquam alius, et quamvis nec ille possit inauditus condemnari, id non fit praecise in eam; non enim de jure ejus cognoscitur, sed de jure quod venditor in emptorem transtulit, et si fidejussor cogatur solvere, habet regressum suum contra reum principalem.

§ XVIII.

Quid si venditor sciat litem esse motam emptori? Adhuc facienda est denuntiatio, leges enim non distinguunt an venditor sciat, vel ignoret, sed simpliciter ajunt denuntiationem esse faciendam; cum enim possit emptor excludere venditorem a defensione, is, licet sciat litem emptori motam esse, nescit adhuc an emptorem defendere debeat, potest enim recte credere emptorem velle suo periculo litigare; unde necesse est, ut emptor per denuntiationem contrarium manifestet. Fit autem interpellatio non tam ut venditor sciat litem moveri, quam ut emptorem defendat.

Non obstat quod certioratus certiorari non debeat (*L.* 1 *ff. de act. empti*); id enim verum est, dum ad nullum alium finem fit certioratio, quam ut innotescat id quod agitur; jam autem certioratio, quam emptor facere debet, non tam ideo requiritur, ut venditori innotescat litem motam esse, quam ut ei innotescat emptorem velle, ut liti assistat eumque defendat.

Quaeritur ulterius an emptor liberetur a necessitate denuntiationis, si videat causam suam esse notorie injustam? Dicendum quod etiam hoc casu debeat denuntiatio fieri, leges enim non distinguunt qualis sit lis, imo denuntiationem tamquam solemnitatem aliquam ad actionem de evictione necessariam collocant (*L.* 18 *cod. h. t.*), et per modum conditionis eam requirunt, ita ut non dent actionem de evictione, si denuntiatio facta non sit (*L.* 17 *cod. h. t.*); ea ergo omnino debet fieri. Praeterea non est emptoris judicare an causa sua sit injusta, vel non, ne judex sit in propria causa: potest etiam causa prima facie injusta videri, quae tamen injusta non est, ex eo quod venditor forte documenta et defensiones habeat, quae emptor ignorat. Tandem recte dicet venditor se audiri debuisse, cum in lite evictionis vertatur ejus periculum. et de ejus jure inquiratur, nec se inauditum condemnari potuisse.

Sunt tamen quidam casus, ubi emptor de evictione agere potest, licet nullam denuntiationem fecerit, scilicet si convenerit cum venditore ne denuntiare debeat (*L.* 63 *ff. h. t.*), si venditor latitet, ita ut nesciat emptor ubi eum reperiat ad denuntiationem faciendam (*L.* 55 § 1, *L.* 56 § 5 et 6 *ff. h. t.*).

Notandum quod venditor emptorem defendere debeat coram judice, apud quem lis emptori intentata est, nec possit causam ad suum judicem protrahere, licet forte judex emptoris non sit competens respectu ipsius (*L.* 49 *ff. de judic.*). Ratio est quod ubi judicium incoeptum est, ibi peragi debeat (*L.* 30 *ff. de judic.*); fuerat autem hic incoeptum coram judice emptoris: praeterea actio fuit intentata non contra venditorem, sed contra emptorem, et quamvis venditor emptorem defendat, emptor tamen in illo judicio semper reus remanet.

§ XIX.

Nunc videamus quid veniat in actionem de evictione. Et si quidem agatur actione ex empto, vel ex contractu per quem res translata est, petitur id quod interest emptoris rem evictam esse; quoniam autem interesse ipsius vertitur circa valorem, quem res habebat tempore quo evincebatur, ideo relative ad aestimationem faciendam inspicitur valor rei, qui erat tempore evictionis, non is, qui fuit tempore venditionis; quod si adhuc pluris emptoris intersit quam ad valorem rei, id etiam nomine interesse emptor consequetur, ut expensas in lite factas (*L.* 23 *cod.*, *L.* 8 *ff. h. t.*).

Unde si res tempore venditionis valeret 100, tempore autem quo evincitur valeat 150, petet emptor 150, quoniam tanti ejus interest rem habere: si tamen emptor contra evincentem potuit deducere impensas, quas in rem evictam fecit, et non deduxit, cum ejus culpa effectum sit ut illas impensas amiserit, id imputare sibi debet, nec a venditore eam summam, quam deducere poterat, petere potest (*L.* 45 § 1 *ff. de act. empti*); sic etiam si exorbitans impensa facta sit in re vili pretio vendita, id non recuperat emptor (*L.* 43 *ff. de act. empti*). Et in summa aestimationis faciendae *L. unic. cod. de sentent quae pro eo* generaliter statuit ut, quotiescumque quaestio est de interesse, aestimatio non possit excedere duplum valoris rei.

Ex dictis sequitur, quod si res deterior facta sit tempore evictionis, emptor consequatur tantum id quanti nunc valet: sic si servus dum vendebatur valeret 100, nunc autem dum evincitur valeat tantum 20, emptor 20 tantum consequetur, quoniam ad 20 tantum interest servum evictum esse (*L.* 66 § *ult.*, *et L.* 70 *ff. h. t.*); ex quo patet quod per hanc actionem emptor quandoque consequatur ultra pretium, quod in venditione dedit, aliquando minus, ita ut, licet consequatur quandoque pre-

tium quod dedit, nunquam tamen repetat pretium ut pretium, sed ut id quo sua interest, et per accidens est, quod id interesse quandoque correspondeat pretio, quod dedit: haec de actione ex empto. Si stipulatio adjecta sit, emptor eligere potest an actione ex empto agere velit ad interesse, an actione ex stipulatu ad duplum, in qua actione duplicatur pretium, quo res vendita fuit: solebat autem haec stipulatio adjici, ne emptor necesse haberet probare quod sua intersit; interesse enim est incertum, at stipulatione duplae certum petitur, nempe duplum pretii pro quo res empta fuit, ita ut in hac actione non quaeratur, an et quanti emptoris intersit, sed unice an res evicta fuerit, seu an extiterit conditio stipulationis.

§ XX.

Restant casus, quibus actio de evictione cessat. Et imprimis cessat, quoties unum deficit ex iis, quae ad eam requiri diximus. Dein etiam cessat, quando venditor eum emptore convenit ne de evictione teneatur, scilicet obligatio de evictione non est de essentia emptionis-venditionis, aut alterius contractus onerosi, sed de natura tantum; ea autem quae de natura tantum, non de essentia contractus sunt, possunt per pactum excludi, contractu salvo remanente.

§ XXI.

Venditor, qui convenit ne de evictione teneatur, re evicta, nequit conveniri actione de evictione, sed plerique volunt quod saltem conveniri possit ut pretium restituat; ast contraria sententia verior est, in supposito scilicet, quod nesciret rem quam vendebat esse alienam. Probatur ex eo quod omnia venditor tantum teneatur ad duo; nempe, ut rem tradat emptori, et ut evictionem praestet (*L.* 11 § 2 *ff. de act. empti*). Jam autem secunda obligatio per pactum supponitur exclusa, sic in casu venditor tantum tenebatur ad tradendum, cumque supponatur rem tradidisse, in totum satisfecit obligationi suae, adeoque ad nil amplius conveniri potest. Praeterea qui rem ita vendit, ne teneatur de evictione, sed teneatur tantum ad tradendum, manifeste ostendit, se non omnino certum esse de jure suo, et se tantum velle transferre jus illud incertum qualecumque sit; sicque tradendo rem, licet postea evincatur, satisfecit obligationi suae, et ita emptor potius incertum jus venditoris emit, quam ipsam rem, similisque est ei qui jactum retis emit, hic autem, licet nil extrahatur, certe non potest repetere pretium quod dedit: cui accedit quod, ob incertitudinem juris quod venditor habebat, res certe viliori pretio sit empta, quam si simpliciter sine ullo pacto empta fuisset.

Obj. Iniquum esse, ut venditor lucrum faciat cum jactura emptoris, quod tamen fiet in casu, si emptor re evicta non possit pretium repetere. ℟. Dicendum quod venditor id pretium retineat ex conventione, quam cum emptore fecit, adeoque ex voluntate emptoris; volenti autem non fit injuria.

Inst. quod tantum convenerit, ne de evictione teneatur venditor, non autem dictum est quod pretium retinere posset. ℟. Non fuit necesse exprimere *ne pretium restituere deberet* re evicta, nempe evicta potest quidem emptor de evictione agere, sed nunquam pretium repetere; et quamvis per actionem de evictione consequatur quandoque summam pretio aequivalentem, hanc tamen non consequitur tamquam pretium, sed tamquam interesse; cum itaque per hoc pactum sit exclusa actio de evictione, emptor ad interesse convenire non potest venditorem: quod si actio ad pretium repetendum daretur, deberet ea ex aequitate dari; in casu autem nulla talis aequitas adest, scilicet, non tam ipsam rem emit emptor, quam incertum jus quod venditor in illa re habebat, hoc autem incertum jus erat pretio aestimabile; cum ergo venditor id transtulerit, nulla aequitas est, quae postulet ut pretium reddere cogatur.

Inst. quod venditor id pactum tantum adjecerit, ne in damno haereret casu quo res evinceretur; atqui, licet pretium restituat, non ideo in damno haerebit; ergo non obstante illo pacto conveniri potest ad pretium reddendum. ℟. quod venditor non tantum voluerit damnum praecavere, sed etiam voluerit habere pretium sui juris incerti, quod jus erat pretio aestimabile, quatenus poterat res revera esse ejus, vel si aliena esset, poterat eam usucapere, imo si emptor posset pretium repetere, revera in damno haereret venditor, amitteret enim valorem incerti juris sui, quod vendidit, et cum quo emptor fuerat contentus, quodque revera in emptorem fuerat translatum.

Maxime tamen obstare videtur *L.* 11 § *ult. ff. de act. empt.*, ubi imprimis Ulpianus proponit, quod venditor promiserit nec per se, nec per heredes suos futurum, quominus emptori rem habere liceat, atque quod talis venditor non debeat praestare ne res per alium evincatur, quia scilicet qui obligat se, ne ipse, nec ejus heredes evincant, tacite dicit se nolle teneri ex eo, quod unus alter evincat; itaque, ait Ulpianus, quod si res emptori evincatur, emptor nec actione ex stipulatu, nec ex empto agere possit, quae verba, cum sint generalia, denegant etiam repetitionem pretii, sic hue usque lex illa nobis favet. Deinde adducit Ulpianus sententiam Juliani, atque Julianum scribere, posse defendi quod emptori liceat pretium a venditore repetere; addit tunc, quod idem Julianus putavit venditorem, qui expresse pactus est ne de evictione teneatur, non posse quidem re evicta ad interesse conveniri, sed ad pretium reddendum conveniri posse hac ratione: *neque enim bo-*

nae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret: sic Julianus omnino contradicere videtur ei quod diximus. ℟. quod Julianus quidem dixit, defendi posse venditorem pretium restituere debere, sed hanc sententiam ipse statim quodammodo corrigit in verbis: *nisi forte*, inquit, *sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus:* dicit scilicet Julianus, quod quamvis in casu dici posset venditorem debere pretium restituere, posset tamen etiam videri haec venditio similis venditioni jactus retis, in qua licet nihil extrahatur, tamen pretium repeti non potest, et ita in casu posset quoque dici non ipsam rem, sed incertum jus venditoris fuisse venditum; itaque si juxta Julianum dicamus incertum jus venditum esse, non poterit repeti pretium. An autem debeat videri haec venditio similis jactui retis vendito, non decidit Julianus; sed Ulpianus id jam ante deciderat, dum dixerat, nec ex stipulatione, nec ex empto agi posse, quibus verbis satis clare repetitionem pretii denegat; si enim pretium posset repeti, certo foret per actionem ex empto.

Obstant adhuc verba Ulpiani in fine *d. L.* ubi, postquam retulerat sententiam Juliani dicentis posse pretium repeti, nisi dicatur haec venditio similis jactui retis, sic pergit: *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit:* sicque vult Ulpianus quod sententia Juliani, qui putabat hanc venditionem comparare posse jactui retis vendito, non posset admitti, nisi ubi sciens rem alienam vendidit. Sed nemo non videt hoc absurdum esse; possetne statui pretium repeti posse ab eo, qui ignorans rem alienam vendidit, dum a sciente alienam repeti nequiret? Dicimus itaque verba Ulpiani mox citata non referri ad ultima verba Juliani *posse comparari hanc venditionem jactui retis vendito*, sed ad priora, ubi dixerat locum esse repetitioni pretii; ita ut sensus sit quod, licet Julianus putet repeti posse pretium, in supra dictis tamen conventionibus contradicendum sit, hoc est non posse repeti pretium, nisi forte venditor sciens alienum vendidit.

Vel possumus verba Ulpiani referre ad id, quod Julianus ultimo loco dixerat, nimirum comparari posse venditionem jactui retis vendito, sed tunc loco *nisi* legendum *si*, vel *nimirum si*, adeoque ut sensus sit quod, licet Julianus putet assimilari posse hanc venditionem jactui retis vendito, in supra dictis tamen conventionibus contradicendum sit, si scilicet venditor sciens rem alienam vendidit.

§ XXII.

Si emptor sciat rem obnoxiam esse evictioni, cessat actio de evictione. Ast iterum plurimi opinantur posse emptorem re evicta pretium repetere; quod falsum credimus, moti per *L. 27 cod. h. t.*, ubi rescribitur talem emptorem non posse repetere *id quod eo nomine dedit*, quibus verbis sane pretium designatur: movemur etiam per *L. 7 cod. comm. utriusq jud.*, ubi actio haec denegatur, nisi pactum de praestanda evictione intercesserit: idem probatur argumento *L. 1 § 1 ff. de act. empt.* Ratio hujus est quod, ut diximus, venditor tantum ad duo teneatur, scilicet ut rem tradat, ut evictionem praestet; jam autem, ut omnes fatentur, quando emptor scit rem esse obnoxiam evictioni, non debet venditor evictionem praestare; ergo tantum tenetur hic ad tradendum; hoc autem supponitur fecisse, sicque ad nil amplius potest conveniri, et profecto, si posset emptor repetere pretium, deberet id ex aequitate admissum fuisse, nam juxta juris principia nunquam emptor re evicta ad restitutionem pretii potest agere, sed tantum ad interesse; jam autem in casu nulla aequitas postulat, ut debeat concedi emptori repetitio pretii, sibi enim imputare debet quod talem rem emerit: praeterea talis emptor contentus fuit nuda rei possessione, et spe eam usucapiendi, casu quo non evinceretur.

Obj. quod sic venditor lucrum faciat cum jactura emptoris. ℟. quod non semper sit contra aequitatem naturalem, ut quis lucrum faciat cum jactura alterius, quod in casu contingit, scilicet, emptor sibi imputare debet quod sciens rem alienam emerit, et voluntate sua damnum sentiat: deinde habuit id pro quo pretium dedit, scilicet contentus fuit cum nuda rei possessione, et spe eam retinendi.

Obj. *L. 1 cod. si vend. pign. agat.* Supponitur ibi quod creditor hypothecarius dolo malo fundum hypothecatum vendiderit, quodque emptor etiam mala fide eum emerit; ait imperator quod si creditor ille insolvendo factus sit, possit debitor fundum avocare ab emptore, ita tamen ut ei reddat pretium quod dedit; ergo juxta illam legem, licet emptor malae fidei emerit, debet tamen pretium ei restitui. ℟. quod in casu illius legis pretium, quod creditor ab emptore percepit, profuerit debitori, quatenus hoc pretium liberavit eum, ita ut videatur hoc pretium ad debitorem profectum; cum ergo debitor jam velit rem repetere ab emptore, aequum est ut ei pretium restituat, ne alias rem et pretium simul retineat, quod iniquum foret; illa ratio cessat in nostro casu, in quo venditor non habet rem et pretium simul, sed pretium tantum, idque ex voluntate emptoris, qui illud debebat ob nudam rei possessionem, et spem eam retinendi.

Obj. quod malae fidei possessor possit repetere impensas necessarias a domino rem suam vindicante. ℟. In casu objecto nulla datur actio pro impensis, sed unice deductio datur; sic ad summum ex illo argumento sequeretur, quod si in nostro ca-

su emptor non solvisset pretium, posset venditorem pretium petentem repellere, postquam res evicta est. Sed et hoc negamus, et dicimus quod emptor in nostro casu cogatur solvere pretium, licet res evicta sit; quod si verum sit, a fortiori non poterit repetere, si solvit; scilicet disparitas inter easum objectum et nostrum est, quod in casu objecto malae fidei possessor nunquam se obligaverit ad has impensas faciendas, et pro his impensis nunquam aliquid acceperit, unde aequitas postulat ut deducere eas possit, praecipue cum dominus rem suam vindicans eas agnoscat. Sed in nostro casu emptor obligavit se ad pretium solvendum, et pretio hoc mediante tantum intendit habere possessionem rei, et spem eam retinendi; sciebat enim venditorem nil plus in eum posse transferre, et ita nulla aequitas militat, ut posset solutionem pretii recusare, multo minus illud repetere, si solverit.

Obj. *L. ult.* § *ult. cod. comm. de leg.*, ubi Justinianus statuit quod, si heres, a quo res sub conditione legata est vel fideicommissa, pendente conditione eam vendiderit, et dein conditio extiterit, possit legatarius vel fideicommissarius rem vindicare ab emptore, additque quod si emptor, dum emebat, sciret hoc onus, non possit quidem agere de evictione contra heredem, sed quod possit pretium quod dedit repetere. ℟. quod in illo casu Justinianus statuerit ut, existente conditione legati vel fideicommissi, haberetur conditio ac si nunquam apposita fuisset, ut ex § *praeced.* patet; sic non mirum quod, cum in illo casu irritetur venditio, possit emptor pretium ab herede repetere, cum hoc pretium sine ullo titulo venditor jam habeat. Ulterius repetitionem pretii dedit imperator, ut coerceret perfidiam heredis, qui, sciens rem esse obnoxiam fideicommisso, eam vendidit ad eludendam testatoris voluntatem. Hae rationes cessant in nostro casu, in quo non irritatur venditio propter evictionem.

Quod attinet *Nov.* 7 *cap.* 5, ubi statuitur quod ab eo, qui rem ad Ecclesiam pertinentem emere ab administratoribus Ecclesiae praesumpserit, res illa vindicari possit, quodque emptor ille pretium quod dedit ab administratoribus repetere possit, ad haec dicendum, quod hoc ibidem statutum sit in poenam administratorum et oeconomorum Ecclesiae res illas illicite vendentium: ait ulterius ibi imperator, quod necessarium existimet *in uno quoque contractu etiam certam statuere poenam*; scilicet, cum in casu illius *Nov.* alteruter damnum sentire deberet, vel emptor vel oeconomus, aequius visum fuit ut oeconomus damnum sentiret, quoniam ille plus peccaverat quam emptor, utpote qui vi officii sui obligatus erat ad res Ecclesiae bene gerendas.

§ XXIII.

Cessat etiam actio de evictione, si res emptori evicta sit facto, vel culpa ejus, si liti sibi motae defuerit (*L.* 55 *ff. h. t.*). Hinc si emptor culpa sua possessionem rei emptae amiserit, et rem potens a possessore fuerit victus, propterea quod dominium probare non possit, ubi tamen si in possessione fuisset, quoniam tunc non ipsi, sed petitori probatio incubuisset, ipse vicisset, tali emptori denegatur actio de evictione (*L.* 29 § 1 *ff. h. t.*), quia scilicet culpa ejus factum est, ut rem ei habere non liceat. Sic etiam in *L.* 56 § 3 deciditur quod si emptor, cum usucapere posset rem emptam, culpa sua non usuceperit, et ita evicta fuerit, quae evinci non potuisset, si usucepisset, non habet actionem de evictione. Caeterum hoc intelligendum est de eo, cui per leges usucapere licebat, alias nullius culpa posset argui. Huc repeti possunt quae diximus § *VII de neg. gest.*, ubi exponitur *L.* 19 § 3 *eod.*

§ XXIV.

Ex dictis sequitur quod, si emptor, cui lis movebatur, exceptionem opponere potuerit, quam si opposuisset, victus non fuisset, re evicta, non possit agere de evictione, quia scilicet iterum culpa ejus res evicta fuit. Quid in hoc casu: vendidi Titio fundum alienum et tradidi, postea dominus illius fundi factus sum, ex eo v. g. quod domino heres extiterim: egi reivindicatione contra Titium, qui certe poterat me repellere exceptione rei venditae et traditae, caeterum non opposuit Titius hanc exceptionem, sicque fundum evici: Titius postea convenit me de evictione, an possum ipsum repellere dicendo, quod non opposuerit mihi exceptionem, quam si opposuisset, fundum non evicissem? ℟. negative, sed eum effectu poterit contra me de evictione agere (*L.* 17, 18 *et* 73 *ff. h. t.*), scilicet possum quidem imputare Titio, si alicui tertio vindicanti non opposuisset exceptionem, quam opponere poterat, sed ridiculo ei objicerem quod me vindicantem non repulerit; sic enim propriam turpitudinem quodammodo allegarem, et faterer quod nullum jus habuerim illum fundum avocandi.

§ XXV.

Ulterius cessat actio de evictione, quando per imperitiam aut injustitiam judicis res evicta est emptori (*L.* 51 *ff. h. t.*), nempe tunc casu fortuito sine jure res evincitur; tales autem casus venditor non praestat, sed nocere debent ei cui contingunt.

§ XXVI.

Quid si lis emptori mota fuerit super re empta, ille autem victor evaserit, sed in expensas litis fuerit condemnatus; an has expensas repetere a venditore poterit? ℟. negative, ut probat *L.* 18 *cod.*

h. t., ubi servus venditus ad libertatem proclamaverat, qui, si liber declaratus fuisset, certe emptor de evictionn agere potuisset; supponitur autem declaratum fuisse servum, nt ajunt imperatores non posse venditorum ab emptore convniri; quod certu intelligeudum est de sumptibus in litem factis, nam quod actioni de evictionn locus non esset, id nimis clarum erat, nec imperatores debebant id decidere. Praeterea emptor in istas impensas damnatus fuit injurie vel errore judicis; ut sutum diximus, talem casum fortuitum venditor praestare non debet; idemque est, si expensas solvere coactus fuerit, ex eo quod adversarius insolvendo esset, vel fuerit condemnatus in partem impensarum, ex eo quod multas inutiles impensas procreaverit, quas propterea judex ad ejus onus esse voluit, nuncque imputare sibi emptor debet, et iniquum esset ut illa culpa emptoris noceret venditori.

TITULUS III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITAE ET TRADITAE.

§ I.

Contingit quandoque quod venditor, postquam rem alienam vendidit et tradidit, dominus ejus fiat, v. g. domino heres existat, quo casu videtur quidem velle Voetius quod dominium statim in emptorem transeat; sed id omnino negandum, scilicet quando res tradebatur emptori, venditor non erat dominus, ut supponitur, sic illa traditio certe dominium non transtulit; postquam autem venditor dominium acquisivit, nil amplius egit cum emptore, nullum novum factum cum eo posuit, sicque nulla ratio quare emptor dominium acquirat. Est quidem verum quod, dum rem alienam piguori do, et postea dominus fio, pignus ipso jure convalescat; sed id in casu pignoris ex aequitate receptum est contra juris principia, adeoque id non est extendendum ad casum dominii, praecipue cum sit diversa ratio, haec nempo, quod in casu objecto creditor nullam securitatem haberet, si pignus non convalesceret. Sed in casu ubi venditor fit dominus, licet hoc dominium in emptorem non transeat, emptori tamen consultum est per actionem Publicianam, si possessionem rei amittat; item per exceptionem rei venditae et traditae, si venditor adversus eum agat; ex eo ergo solo quod leges emptori dent illam exceptionem contra venditorem reivindicatione agentem, elare sequitur quod supponant venditorem, non vero emptorem dominum esse, alias venditor ipso jure non posset agere reivindicatione, nec opus esset exceptionem dare emptori. Itaque, licet venditor rei alienae, postquam vendidit et tradidit, dominus ejus fiat, non poterit tamen ab emptore vindicare eam effectu, imprimis quia de evictione tenetur, sicque tenetur impedire ne alius evincat, adeoque multo magis ipse ab evincendo abstinere debet: praeterea, licet forte de evictione non teneatur, tenetur tamen semper ad rem emptori tradendam, adeoque multo magis tenetur ad rem emptori non avocandam; unde ex hac obligatioon, qua venditor tenetur, leges emptori accommodant exceptionem rei venditae et traditae, et item exceptionem doli mali, quatenus dolo malo egit venditor, qui proprio facto obligationi nititur contravenire.

§ II.

Haec exceptio rei venditae et traditae non tantum datur emptori contra venditorem, sed successoribus emptoris etiam particularibus (*L.* 3 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*) Itaque, si rem alienam tibi vendidero et tradidero, et tu postea Titio eam vendideris et tradideris, et ego dominus illius rei factus velim eam a Titio vindicare, poterit ille me repellere exceptione rei venditae et traditae, quamvis a me venditam et traditam non acceperit, sufficit enim quod a te emptore meo eam venditam et traditam acceperit: scilicet, exceptiones reales, qualis est haec exceptio, transeunt ad quemcumque possessorem, et tua certe interest ut Titio haec exceptio detur, quia si ego fundum a Titio vindicarem, ille de evictione convenire te posset: viceversa si, postquam rem alienam tibi vendideram et tradideram, dominus ejus factus eam Titio vendam et tradam, ita ut Titius dominium jam acquisiverit, poteris Titium reivindicatione contra te agentem repellere per exceptionem rei venditae et traditae; licet enim Titius illam rem nunquam tibi vendiderit, cum tamen a me illam emerit, et contra me habeas illam exceptionem, eandem exceptionem contra Titium successorem meum in ea re poteris opponere, nempe ego non potui plus juris in Titium transferre, quam ipse habebam; jam autem mihi istum fundum vindicanti obstat exceptio, ergo eadem objici potest Titio emptori meo.

§ III.

Quid si postquam rem alienam tibi vendideram et tradideram, dominus ejus factus sim, et tu casu fortuito possessionem illius rei amittas, eaque ad me redeat? Poteris contra me Publiciana agere, et si ego excipiam quod dominus sim, replicabis de re vendita et tradita, per quam replica-

tionem enervabis exceptionem meam dominii, et fundum a me auferes, hicque est casus ubi Publiciana cum effectu datur contra verum dominum: quod si ego, postquam dominus factus sum, et res ad me rediisset, Titio eam vendiderim et tradiderim, poteria tu prior emptor contra Titium agere Publiciana actione, et si Titius opponat se dominum esse, vel se a me rem emisse, replicabis de re vendita et tradita, et sic rem ab eo auferes (*L. 72 ff. de reivind.*, *L. 2 ff. h. t.*, *L. 4 § 32 ff. de doli mali et metus except.*).

Quod si vendiderim tibi fundum alienum, et tradiderim, eumque possessionem ejus casu fortuito amisisses, unus alter eum vendat et tradat Titio, jam si Publiciana agas contra Titium, non poteris vincere, scilicet Publiciana non datur contra possidentem aeque forti titulo, sicque si agas contra Titium, ille excipiet se emisse et traditam accepisse, nec poteris ei replicare de ra vendita et tradita, quia scilicet nec Titius unquam tibi vendiderat et tradiderat. Caeterum hanc quaestionem exposuimus § *XIV de Publ. in rem act.*

§ IV.

Ad hanc materiam pertinet expositio *L. 14 cod. de reivind.*, in qua exponitur quomodo dominus aliquando in totum, aliquando pro parte impediatur rem suam vindicare; sed de hac egimus §§ *III et IV de reivind.*, sicuti §§ *V et VI eod.* demonstravimus fidejussorem posse quandoque rem suam vindicare, licet fidejusserit pro venditione ejus, quae quaestio etiam ad hanc materiam spectat. Hic quoque explicari potuisset *L. 49 ff. mand.*, sed de hac iterum egimus § *VII de reivind.*

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS

—

TITULUS I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS, ET CAUSIS ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS, ET MORA.

§ I.

Circa fructus, sub hoc titulo non quaeritur quis eorum dominium acquirat, vel percipere possit, sed quomodo una cum re, ex qua percepti sunt, restitui debeant ab eo, qui eos percepit. Et imprimis quomodo fructus veniant praestandi in actionibus realibus, tam a bonae, quam a malae fidei possessore, traditur sub titulo *de reivindicatione*, scilicet breviter: bonae fidei possessor hereditatis tenetur omnes fructus extantes restituere; consumptos, in quantum locupletior factus est; post litem contestatam incipit etiam teneri de iis, quos percipere potuit, et culpa sua non percepit. Malae fidei possessor hereditatis ab initio ad omnes fructus tenetur, tam extantes, quam consumptos, quos percepit, item quos percipere potuit; post litem contestatam autem tenetur etiam de illis, quos actor percipere potuisset, licet forte ipse tantumdem percipere non potuisset; idemque est de malae fidei possessore rei singularis. Ast bonae fidei possessor rei singularis, quamvis fructus percipiendo suos faciat, extantes tamen restituere tenetur, non vero consumptos; sed post litem contestatam tenetur etiam de illis, quos percipere potuit.

§ II.

Quod si actione personali rem petamus; siquidem per actionem bonae fidei, fructus veniunt adjudicandi a tempore quo mora facta est (*L. 34 juncta L. 32 § 2 ff. h. t.*), imo in emptione-venditione etiam sine ulla mora fructus ab initio praestandi veniunt, ita ut emptor consequatur omnes fructus, quos venditor post emptionem venditionem perfectam percepit, cum omne commodum et periculum rei emptae spectent ad emptorem; item quando agimus actione bonae fidei, non ut dominium alicujus rei consequamur, sed ad rei nostrae restitutionem, fructus praestandi sunt ab initio quo alter istam rem detinuit (*L. 38 § 1 ff. h. t.*). Quod si rem petamus actione stricti juris, siquidem talem petamus, quae nunquam nostra fuit, consequemur tantum fructus a tempore litis contestatae: sic

si fundum a te stipuler, et postea cum petam in judicio, non condemnaberis ad alios fructus, quam ad quos post litem contestatam percepisti; itaque non consequar fructus, qui in fundo erant tempore stipulationis, nec etiam eos, quos percepisti antequam in mora esses fundum praestandi. Ratio est, quod in actione ex stipulatu nihil veniat, nisi quod verbis stipulationis expressum est; jam autem supponitur quod fundum tantum stipulatus sim, non vero fructus; id etiam patet ex *L.* 3 § 3 *ff. de act. empti*, ubi supponitur quod si quis stipulatus sit fundum dari, quae stipulatio etiam continet ut vacua possessio tradatur, in hanc actionem fructus non veniunt: sic etiam in *L.* 78 § 1 *ff. de verb. oblig.* expresse dicitur, quod si fundum stipulatus sim, non veniant fructus, qui tempore stipulationis in fundo erant, imo nequidem si moram fecerit promissor, fructus ab eo perceptos post moram consequar (*L.* 38 § 7 *ff. h. t.*); scilicet per actionem ex stipulatu, ut diximus, tantum consequimur id, quod in stipulatione deductum est; in stipulatione autem nihil dictum est de fructibus, quos promissor ante vel post moram perciperet, deberem ergo fructus consequi officio judicis; sed nec hoc dici potest, nam data quidem est potestas judici, ut in fructus et accessiones reum condemnet ex mora in judiciis bonae fidei, sed nullam similem potestatem habet in judiciis stricti juris, in quibus ad nihil condemnare potest, quam ad quod debetur: itaque hi fructus nec, vi actionis ex stipulatu, nec officio judicis veniunt praestandi.

Sane in fructus, quos a tempore litis contestatae percepit, promissor condemnabitur non vi actionis quidem, sed ex officio judicis (*d. L.* 38 § 7.); est enim principium in omnibus actionibus receptum, quod actori praestandum sit omne illud quod habuisset, si rem initio litis habuisset; jam autem si promissor litem contestatus non fuisset, sed statim fundum promissum solvisset, actor illos fructus percepisset (*L.* 31 *ff. de reb. cred.*, *L.* 2 *ff. h. t.*).

Obj. quod fructus sint accessiones fundi, et sic, cum ipse fundus debeatur, debentur etiam fructus. ℟. quod fructus quidem, quamdiu in fundo stant, aliquo sensu possint dici deberi, scilicet tamquam accessiones fundi debiti, sed non alias; cum ergo post separationem a fundo desierint esse accessiones, desinunt etiam deberi, imo etiam illi, qui tempore stipulationis in fundo stabant, nullo alio sensu poterunt dici debiti aut in stipulationem deducti, quam in consequentiam fundi cui accedebant; statim ac ergo desinunt esse accessiones, non debentur amplius; et consequenter ad eos condemnari nequit promissor.

Obj. Qui totum stipulatur, singulas etiam partes stipulatur; atqui fructus qui in fundo stant videntur pars fundi esse (*L.* 44 *ff. de rei vind.*); ergo fructus, qui tempore stipulationis in fundo stabant, sunt in stipulationem deducti, adeoque praestari debent. ℟. quod fructus non sint pars fundi, nec etiam hoc dicit J. C. in *d. L.* 44, sed ait *eos videri partem fundi*, hoc nempe sensu quod quamdiu fundo haerent, possint dici unum totum cum fundo facere, et sic aliquo sensu, quamvis valde improprie, possent videri ejus partem facere. Ast si proprie loqui velimus, nihil falsius quam quod fructus pars fundi sint, et recte dicor habere totum fundum, licet non habeam fructus, qui in eo fuerunt; imo recte dicor habere eumdem fundum, qui erat tempore quo fructus in eo stabant; itaque, licet fundum stipulatus sim, non ideo tamen fructus qui in eo sunt stipulatus sum, nisi nominatim de illis mentionem fecerim.

Obj. Si fundum emam, non tantum consequar fructus, qui tempore venditionis in eo stant, sed omnes, etiam quos venditor postea percipiet. ℟. Id non ex eo fit, quasi fructus una cum fundo videantur venditi, nam hoc falsum est; sed ideo quia, cum placuerit ut omne periculum venditione perfecta spectaret ad emptorem, atque nihilominus ipse totum pretium solvere cogeretur, viceversa etiam placuit ut omne commodum rei emptae ad emptorem spectaret, postulante aequitate ut, ad quem spectat incommodum, ad eumdem spectaret etiam commodum: in stipulatione autem nulla talis aequitas adest, nec in actione ex stipulatu ulla ratio habetur, sed ad verba tantum stipulationis attenditur.

Obj. *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod is qui stipulatus est *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, *per actionem ex stipulato consecuturus sit fructus postea captos*. ℟. Ideo in casu objecto fructus consequetur stipulator, quia non erat simpliciter stipulatus *rem dari*, sed adjecerat *vacuamque possessionem tradi*, idque J. C. evidenter declarat, dum ait *eum consecut.* [illegible] *um fructus propter inferiora verba*; jam autem verba inferiora seu ultima erant haec, *vacuamque possessionem tradi*.

Inst. Atqui verba *vacuamque possessionem tradi* non possunt efficere, ut fructus consequatur stipulator, nam, in *L.* 3 *ff. de act. empti* expresse dicitur, eum, *qui vacuam possessionem tradi stipulatus est, non consequi fructus*. ℟. Est quidem verum quod stipulatio *vacuam possessionem tradi* per se solam non contineat fructus, sed aliud est quando quis stipulatur *et rem dari et vacuam possessionem tradi*, nempe qui stipulatur rem dari, hoc verbo stipulatur etiam vacuam possessionem tradi, ut ait J. C. *d. L.* 3 § 1; et ita, cum ulterius adjiciat *vacuamque possessionem tradi*, verba illa erunt inutilia, nisi dicamus contrahentes per haec voluisse intelligere, ut fructus dari deberent; debet ergo dici haec verba adjecta fuisse propter fructus, ut per haec verba fructus sint in stipulationem deducti; itaque, licet dum quis sim-

Digitized by Google

pliciter stipulatur *rem dari*, non veniant fructus, item, licet non veniant dum quis simpliciter stipulatur *vacuam possessionem tradi*, dum tamen quis utrumque stipulatur *rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, juxta Papinianum *in d. L.* 4, fructus in stipulationem sunt deducti, ne alioquin posteriora verba sint inutilia.

Obj. quod saltem fructus praestare debeat promissor tempore quo moram fecit, scilicet ex eo quod ex mora sua lucrari non debeat, lucraretur tamen fructus quos post moram percepit, si eos restituere non deberet, nam hos fructus non habuisset, si moram non fecisset. R⁄. quod fructus non lucretur ex mora sua, sed ex dominio, quod adhuc post moram retinuit, ita ut mora sit ad summum occasio quod illos fructus perceperit; itaque si fructus eos demum a retur restituere, deberet privari fructibus, quos tamquam dominus acquisivit; jam autem nullibi talis effectus morae datus est in judiciis stricti juris, et quamvis aliqua aequitas adsit, ut hos fructus restituere deberet, hujus tamen aequitatis judex in judiciis stricti juris rationem habere nequit.

Quod ulterius dicitur moram nocere moroso, hoc ita verum est, quod noceat in re quae debetur, ut si forte illa post moram pereat, non liberetur debitor; sed id ad rem non venit pro fructibus in judiciis stricti juris.

§ III.

Quid jam si actione personali stricti juris repetamus rem, tamquam talem quae nostra fuit, et quae sine causa a nobis abiit, v.g. si dederim tibi rem, ut aliquid dares vel faceres, et cum non impleres id ob quod dedi, eam repetam per condictionem causa data causa non secuta, vel rem, quam mortis causa alicui donaveram, repetam, ex eo quod periculum evaserim, ob quod donavi? Consequar omnes fructus, quos alter ex illa re percepit, et postquam in mora fuit, consequar etiam illos quos percipere potuit (*L.* 38 § 1, 2, 3 *ff. h. t.*), scilicet in § 1 postquam J. C. dixerat *fructus perceptos debere restitui*, addit quod, post moram *omnino restituendi sint*; quo verbo vult quod non tantum perceptos, sed etiam quos percipere potuit restituere debeat: scilicet, cum jam appareat rem illam sine causa ex meo patrimonio exivisse, aequitas visa est postulare, ut ita indemnis server, ut si illa res semper in meo patrimonio fuisset, quo casu certe fructus habuissem, quae aequitas tanto major est quando res fuit data ob causam quam accipiens non implevit, iniquum enim foret ut qui fidem fefellit, aliquod commodum ex illo negotio sentiret. Caeterum antequam in mora sit accipiens, nihil potest ei imputari quod forte fundum colere neglexerit, credere enim potuit fundum illum apud se remansurum, sicque sibi liberum esse colere fundum, vel non; unde pro illo tempore non tenetur, nisi de fructibus quos percepit (*L.* 38 § 1 *in fine ff. h. t.*).

Quae diximus de casu, quo fundum condico condictione causa data, item de casu quo condico fundum mortis causa donatum, dicenda etiam sunt, si condicam fundum indebite solutum, ut nempe accipiens teneatur reddere omnes fructus quos percepit, et in quantum locupletior factus est, a tempore autem morae, quos percipere potuit (*d. L.* 38 § 2); quod tamen intelligendum est de eo, qui bona fide indebitum accepit, nam qui mala fide accepit ab initio ad omnes fructus quos percipere potuit tenetur. In § 4 *d. L.* tractat J. C. de actione Faviana, qua patronus avocat ea, quae libertus in ejus fraudem alienavit, item de actione Pauliana, qua creditores avocant res per debitorem suum in eorum fraudem alienatas, aitque in bis actionibus omnes fructus venire; scilicet per has actiones rescinditur alienatio quodammodo, quasi nunquam facta fuisset: si autem nunquam facta fuisset, fructus illi apud alienantem mansissent. Idem deciditur in *L.* 10 § 20 *et seq. ff. quae in fraudem creditorum etc.*

Obstat tamen *L. ult.* § 4 *ff. eodem*, ubi Venuleius ait, quod debeant quidem restitui fructus, qui in fundo stabant tempore quo fiebat alienatio, sed quod illi qui postea percepti sunt non debeant restitui. R⁄. Venuleum tractare de casu, ubi is, in quem alienatio facta erat, non erat particeps fraudis, seu erat in bona fide, quo casu placuit ut satisfaceret restituendo fructus, qui tempore alienationis in fundo stabant, nempe illi in bonis fraudatoris fuerant, et una cum fundo fraudulenter alienati sunt, item restituendo fructus, quos post litem contestatam percepit, scilicet, quamvis actio Pauliana proprie non detur contra eum, in quem res alienata est in fraudem, si ille fraudis particeps non fuerit, datur tamen contra eum actio in factum, in supposito quod titulo lucrativo rem acceperit (*L.* 10 *ff. eodem*); dicimus ergo Venuleum loqui de casu, ubi res per actionem in factum avocatur ab eo, in quem titulo lucrativo alienata erat, quique fraudis particeps non fuerat, ne alias evidenter contradiceret Ulpiano in *d. L.* 38 § 4, *et d. L.* 10 § 20.

§ IV.

Usura definiri potest: accessio, quam creditor a debitore exigit ultra sortem debitam, ob usum sortis quo debitor fruitur, vel saltem quo creditor caruit; ex quo patet quod usurae non praestentur, nisi ob usum pecuniae aliarumve rerum fungibilium; non praestantur ergo ex speciebus, sed ea, quae ex speciebus vel occasione earum percipiuntur, vocantur fructus, merces, pensio etc; et quamvis usurae fructibus comparentur, earumque vi-

Digitized by Google

cem obtinere quandoque dicantur, ut in *L.* 34 *ff. h. t.*, fructus tamen non sunt (*L.* 121 *ff. de V. S.*); nec regulae de fructibus traditae possunt produci ad usuras, quamvis pleraeque in usuris obtineant.

§ V.

Circa computationem usurarum notandum, apud Romanos solvi solitas fuisse vel annue, vel, quod frequentius erat, per singulos menses seu kalendis; unde liber, in quo usurae et nomina debitorum describebantur, kalendarium, cujus tam frequens mentio in jure nostro fit: quando autem singulis mensibus 1 in 100 solvebatur, usura haec vocabatur *usura centesima*: scilicet centesima pars sortis, adeoque 12 in 100 annue: quoniam autem Romani omnia ad assem referebant, qui 12 unciis constabat, hae usurae centesimae alio nomine vocabantur, scilicet *usurae asses*; inde usurae *semisses* sunt 6 in 100, *besses* 8, *trientes* 4, *unciales* 1 in 100 annue.

§ VI.

Duae tantum sunt causae de jure Romano, ex quibus quis ad usuras tenetur, nempe obligatio, et officium judicis, dum nempe judex ex mora condemnat ad usuras, licet promissae non sint. De iis, quae ex obligatione nascuntur, primo videndum: debentur autem aliquando ex testamento, quando v. g. testator heredem gravat certam summam dare, eumque ulterius jubet dare usuras donec solvat, ut est exemplum in *L.* 3 § *ult. ff. de annuis leg.*, vel, quod frequentius est, per conventionem, quando de usuris praestandis convenit.

Notandum autem quod per conventionem nunquam ad usuras quis tenetur statim cum hoc effectu, ut peti possint, nisi per stipulationem fuerint promissae, vel nisi in bonae fidei contractu per pactum incontinenti adjectum de usuris praestandis convenerit; scilicet, cum regula sit pacta in continenti adjecta bonae fidei contractui videri inesse contractui, ejusque partem facere, actio ex contractu extendit se ad id, quod pacto comprehensum est, ut adeo usurae in contractibus bonae fidei nudo pacto in continenti adjecto promissae actione ex contractu peti possint.

Extra istum casum, non alias peti possunt, quam si per stipulationem fuerint promissae, ita ut nudum pactum non sufficiat, cum regula sit ex nudo pacto actionem non nasci; sic v. g. si debeam tibi 100 ex contractu stricti juris, mutuo vel stipulatione, licet in continenti pactus fueris de usuris praestandis, non dabitur tamen tibi actio, nisi stipulatus eas fueris; nam pactum quod auget obligationem, licet in continenti adjiciatur contractui stricti juris, actionem tamen non producit, nec potest videri facere partem contractus; regula enim est quod in actione ex mutuo nil veniat ultra id, quod numeratum est, in actionem ex stipulatu nil ultra id, quod verbis stipulationis expressum est (*L.* 11 § 1 *ff. de reb. cred.*, *L.* 99 *de verb. obl.*).

§ VII.

Quid si aliquis nudo pacto promiserit usuras, easque longo tempore, v. g. 10 annis solverit, an in futurum conveniri potest ad usuras, quasi fuissent stipulatione promissae? Notandum quod supponamus casum, ubi constat eas per stipulationem promissas non fuisse, sed nudo pacto tantum; nam si non constaret an et quomodo promissae essent, solutio per longum tempus facta induceret praesumptionem quod revera in stipulationem deductae essent, quatenus nemo solvere praesumitur, nisi id ad quod cogi poterat; unde in illo casu in futurum solvi deberent ex stipulatione, quae intervenisse praesumeretur, nisi debitor probaret eam non intervenisse; supponimus itaque casum, in quo constat quod nudo pacto tantum promissae fuerint usurae, quo casu quaeritur, an, si debitor longo tempore illas solverit, in futurum ad illas solvendas conveniri possit? Dicendum autem quod non possit; ratio est, quod usurae exigi non possint, nisi stipulatione fuerint promissae; in casu autem nulla stipulatio intervenit, est quidem verum quod per longum tempus fuerint solutae, sed illa solutio non efficit ut essent per stipulationem promissae, nec supplevit defectum stipulationis; adeoque illa solutio non poterit producere actionem, per quam in futurum usurae possent peti. Probatur etiam ex *L.* 7 *cod. h. t.*, item ex *L.* 28 *cod. de pactis*.

Obj. L. 1 *cod. de fideicommissis*, ubi quis matrem suam scripserat heredem ejus, et fideicommiserat ut alimenta menstrua alicui praestaret: mater aliquibus annis ea praestiterat: rescribit imperator quod in futurum ad ea conveniri possit, imo etiam ad ea, quae in praeteritum nondum solverat. Debet certe supponi fideicommissum in illo casu fuisse nulliter relictum, alias nulla ratio fuisset dubitandi vel consulendi imperatorem; si ergo in illo casu per praestationem aliquorum annorum heres in futurum conveniri poterit, idem in nostro casu de usuris dicendum videtur. ℟. quod dum quis agnovit voluntatem defuncti, licet nullam, eam tamen, sciens nullam esse, approbans obligatur ac si revera valida esset, ut constat *ex L.* 16 § 1 *cod. de testam.*, *et L.* 2 *cod. de fideic.*; hinc, cum in casu mater alimenta per fideicommissum relicta aliquibus annis solverit, licet ab initio ad ea, utpote nulliter relicta, non teneretur, tamen cum sciens ea nulliter relicta esse, solverit per aliquot annos, et sic approbaverit voluntatem defuncti, in posterum ad ea tenetur. Sed in nostro

Digitized by Google

casu agitur de usuris, ad quas non datur actio, oisi per stipulationem fuerint promissae; praestatio autem per plures annos non efficit ut stipnlatio intervenerit; et quamvis diei possit debitorem solvendn comprobasse promissionem usurarum, quam nudo paeto fecerat, illa tamen comprobatio non indueit stipulatinnem, ex qua sola actio nascitur.

Contrarium tamen decidere videtur *L.* 6 *ff. h. t.*, ubi ex eo quod defunetus certo tempore usuras solverat, refertur imperatorem judicasse eas in futurum ab berede solvendas esse. Sed ibi oon deeiditur nostra quaestio, ut patebit, si speciem illius legis proponamus: scilicet, filiosfamilias vel servus pecuniam mutuam sumpserat, at usuras per atipulationem promiserat (eonstat autem quod, dum ista pecunia in rem patris vel domioi vertitur, pater vel dominus eatenus teneatur, quatenus in ejus rem est versum, etiam cum usuris, si modo usurae a servo vel filiofamilias fuerint per stipulationem promissae) (*L.* 10 § 5 *ff. de in rem verso*): pater vel dominus longo tempore solverat usuras ex illa peeunia, postea autem eo mortuo, heres ejus reeusat usuras solvere, negans illam pecuniam in rem defuncti fuisse versam: asserebat ereditor eam fuisse versam, hocque probabat ex eo, quod defunetus lnngo tempore usuras solvisset, quas non solvisset, nisi pecunia in ejus rem versa fuisset; sieque non est ibi quaestio, an ex solutione usurarum per longum tempus facta oriatur obligatio in futurum, sed onice agebatur de eo, an ista pecunia in rem patris versa fuisset, vel noo, nt expresse J. C. ait. Decidit autem imperator censeri eam in rem defuncti versam fuisse ex eo, quod defunctus longo tempore nsuras solverit, adeoque heredem io futurum conveniri posse.

§ VIII.

Quamvis dixerimus usuras ex nudo paeto peti non posse, oisi sit paetum in continenti adjectnm contraetui bonae fidei, sunt tamen easus, ubi admissum est usuras ex nudo paeto posse peti, contra regulam quod ex pacto aetin non detur; sie, dum fruges mutuo dantur, nt frumentum, vel bordeum etc., ex nudo paeto debentur usurae (*L.* 12 *cod. h. t*); simile privileginm datum est civitatibua peeuniam credentibus (*L.* 30 *ff. h. t.*); item fisco (*L.* 43 *ff. h. t.*); item argentariis (*Nov.* 134 *cap.* 4); sie etiam in trajeetitia peeunia aeu foenore nautico usurae ex nudo pacto debentur. (*L.* 7 *ff. de naut. foen.*).

§ IX.

Quid si aliquis nsuras sine certa et determinata quantitate stipnlatus fuerit, an inutilis est stipulatio? Ita quidem contendit Noodt, sed verius videtur eam valere, petique ex ea posse talas usuras, quales in regiooe frequeotantur, eodem modo ut, dum judex ex mora ad nsuras eoodemnare debet, condemnat ad eas, quae frequentaotur in regione in qua agitur, argumento *L.* 34 *ff. de re jud.*, ubi dicitur, quod si in stipulationibus et caeteris eoutractibus non appareat quod aetum sit, tune sequi debeamus id quod in regione in qua actum est frequentatur. Ad hane quidem legem respoodet Noodt eam loqui de fidejussoribus, quatenus desumpta est ex *L.* 45 *Ulpiani ad Sabinum*, in quo tituln Ulpianus de fidejussoribus agit, ut ex aliis legibus ex eodem libro desumptis constat; sed si in fidejussinne ita sit, quare non idem est in aliis negotiis, imo ipse Ulpianus ait id observari in stipulationibus et eaeteris cootraetibus.

Non obstat *L.* 115 *ff. de verb. oblig.*, nbi dicitur quod, si vinnm, oleum etc. sine determinata quantitate promissum sit, nulla sit promissio; nam disparitas est quod talis promissin non possit ad eertitudinem redigi, adeoque nb nimism ineertitudioem nulla est; sed usurae aine quantitate promissae ad certum modum redigi possunt, qunlibet enim tempore in singula regione est certus modua usurarum, juxta raritatem vel abundaotiam pecuniae, eodem modo ut usorae ex mora debitae a judiee taxautur, et in casu verosimile est qood eontrabentes ad istum modum respexerint.

Obj. *L.* 41 § 2 *ff. h. t.*, nbi tale ebirograpbum supponitur: aeeepi mutuos 10, quos reddam kalendis proximis *cum suis placitis inter nos usuris*; de boc autem ebirographo respondet Modestinus, *si non appareat de quibus conventio facta sit, peti eas non posse.* R/. quod in casu istius legis non essent promissae usurae simplieiter, sed convenerant contrabentes, nt eertae ae determinatae usurae praestarentur, sic non volnerunt se regulare ad eursum usurarum, qui ex more regionis obtinebat, vel saltem nescitur an ad eum eursum regulare se voluerint; eum itaque oon eoostet de quibos usuris ioter se convenerint, ob iocertitudinem istam peti non possunt; nec atiam possunt taxari juxta modum regionis, quia ipsi eontrabentes modum praefioiverunt, et sic eas taxari juxta modum regionis noluerunt. Sed in nostro casu usuras simpliciter promittendo, eensentur respexisse ad eas usuras, quae in regione obtioebant, et ita ad eertitudinem redigi potest illa stipulatio.

Idem R/. ad *L.* 31 *ff. h. t.*, scilicet, in illa lege convenerat ut ex summa, quae debebatur, eertae usurae praestarentur, tune stipulatio fuerat seeuta, ut usurae, *si quae oompetierint*, darentur, aeilicet si quae oompetierint ex eonventione, quao praecesserat, et io qua de certo modo usurarum convenerat, qui modus in stipulatione expressns ignorabatur; sicque idem fere casus est in *L.* 41 § 2, in quo contrahentes non respexerant ad modum io regione usitatum, sed modom praefixerant.

Digitized by Google

Tandem objicitur *Nov.* 136 *cap.*5,ubi Justinianus statuit quod, si argentarii pecuniam alicui crediderint sub usuris, modum autem usurarum non expresserint, usurae tamen ex illo contractu debeantur, nec liceat debitoribus dicere se nullas certas et determinatas usuras promisisse: sic imperator aliquid speciale pro argentariis statuere videtur, qua constitutione opus non fuisset, si, ut nos diximus, idem in aliorum contractibus obtineret. ℟. quod nil speciale statuat imperator pro argentariis, nam quod de illis solis ibi loquatur, hoc ideo est, quia tota illa novella pro illis lata est, et ideo inter alia puncta est hoc punctum, quoniam debitores pro hoc puncto difficultatem argentariis suscitare conabantur, et profecto ex hoc capite quo juxta nos jus certum decidit imperator, non multum sequitur; contingit enim saepe Justinianum certas quaestiones decidere, circa quas non magnum dubium erat, ut patet *ex L.* 12 *cod. de contrah. stipulat*; cui accedit quod nostra quaestio, licet satis certa, nullibi tamen legitur expresse decisa, adeo ut de ea saltem dubitatio potuerit oriri, quem dubitationem decidere voluit imperator.

§ X.

Circa usuras, quae ex conventione debentur, notandum etiam est quod aliquando promittantur ab initio, ita ut statim currere incipiant, aliquando promittantur sub conditione morae, ita ut non debeantur ab initio, sed sub conditione si debitor moram faciat in solvendo debito; hoc autem posteriori casu omnino notandum quod usurae non debeantur ex mora, sed ex conventione: est quidem verum quod non deberentur independenter a mora, sed inde tantum sequitur quod mora efficiat ut existat conditio, sub qua usurae sunt promissae, ita ut mora non sit causa usurarum, sed vera causa sit conventio, eodem modo dum alicui promitto sub conditione *si navis ex Asia venerit*, adventus navis non erit causa cur 100 debeam, sed efficiet tantum ut conditio existat, ita ut vera causa sit mea conventio.

Aliquando etiam promittuntur usurae sub conditione, si sors certo die reddita non sit, per modum poenae, quo casu ab isto die statim incipiunt currere, licet debitor in mora non fuerit, seu licet interpellatus non fuerit, quoniam hoc solo quod isto die non solvat, existit conditio, sub qua promissae erant, quod sufficit ut debeantur (*L.* 12 *cod. de contrah. stipul.*), quamvis tamen hoc casu requiretur aliqua mora saltem improprie dicta.

§ XI.

Quod attinet modum usurarum, ante Justinianum permissum erat stipulari usque ad usuras centesimas, non ultra tamen, ita ut nequidem per testamentum majores usurae possent injungi (*L.* 3 *§ ult. ff. de ann. leg.*); hic erat enim modus a lege praefinitus, unde haec usura saepe in jure vocatur *usura legitima*, item *maxima* vel *gravissima usura* (*L.* 8 *si cert. petat.*), quamvis tamen essent certi casus, ubi eam egredi licebat, ut in foenore nautico, mutuo frugum, et sic etiam in usuris officio judicis debitis haec usura non excedebatur, sed regulariter judex condemnabat in usuras, quae ex more regionis obtinebant; quandoque tamen ad usuras legitimas seu centesimas condemnabat, ut in tutore, negotiorum gestore, et qui pecunias pupilli vel absentis in suos usus converterant (*L.* 7 *§* 4 *ff. de admin. et peric. tut.*, *L.* 38 *ff. de neg. gest.*).

Caeterum Justinianus in *L.* 26 *§* 1 *cod. de usur.* novum modum usuris praescripsit, ut scilicet nobilibus non liceat stipulari ultra trientes, mercatoribus non ultra besses, aliis non ultra semisses, nec liceat judicibus ultra hunc modum taxari, excepit tamen foenus nauticum, in quo adhuc permisit centesimas stipulari, ob periculum sortis, quod creditor in se recepit; item mutuum frugum ob incertitudinem pretii, quod habituri sunt quando reddi debent; quibus accedit tertius casus in *L. ult. cod. de usur. rei jud.*, in qua statuit debitorem condemnatum, si non solvat intra quadrimestre, quod tempus ex humanitate ei detur ut judicato satisfaciat, eo tempore finito, ad usuras centesimas teneri.

Quod si aliquis ultre modum a legibus permissum usuras sit stipulatus, placuit ut non in totum nulla sit stipulatio, sed ut vitietur tantum quoad excessum, ut adeo ex ea usurae legibus permissae peti possint (*L.* 29 *ff. h. t.*).

§ XII.

Quaeritur an modus usurarum possit excedi in antichresi, v. g. pro 1000 quos a te mutuo accipio, pignori tibi do fundum meum, permittoque ut, loco usurarum percipias et retineas fructus ex illo fundo; fructus autem illi excedunt usuras legitimas, v. g. fundus producit annue fructus pro ducentis florenis? Et quidem de antichresi tacita, qua do simpliciter rem frugiferam pignori pro pecunia, quam mihi mutuo das, nec expresse dico quod possis fructus retinere pro usuris, quamvis tunc ex tacito consensu fructus loco usurarum retinere possis, decisum est in *L.* 118 *ff. in quib. caus. pign. etc.* non posse excedere modum legitimarum usurarum.

Aliud observari in antichresi expressa quidam volunt, sed et de ea dicendum est non posse excedere modum legitimum usurarum, ubi enim Romani certum modum usuris praefiniverunt, non est credibile quod modum istum excedere passi

sint in antichresi, in qua fructus loco usurarum cedunt, adeoque regulas usurarum sequi debent, alias facile fuisset hominibus improbis saluberrimas eludere leges.

Obj. *L.* 17 *cod. h. t.*, in qua proponitur conventum ut creditor fructus ex pignorato fundo in vicem usurarum perciperet, heres debitoris petebat istam conventionem rescindi eo praetextu, quod plus fructuum perciperet creditor, quam efficiebat modus legitimus usurarum, rescribit imperator ex ea causa conventionem rescindi non posse. ℟. Loquitur illa lex de casu ubi, dum fundus pignori dabatur, non constabat an fructus excederent modum legitimum usurarum, necne, scilicet fundus erat talis ut moraliter ejus fructus aequivalerent usuris legitimis, sed tamen fieri poterat ut quandoque ultra istum modum produceret, revera autem contigerat quod aliquibus annis plus produceret, haecque erat causa cur heres debitoris conventionem rescindere vellet, respondet autem imperator *non posse propter incertum fructuum eventum rescindi*. Nos autem loquimur de casu, ubi talis fundus pignori datus est, ut ab initio certum sit eum producturum ultra legitimum modum usurarum: est quidem verum quod semper sit incertum quantos fructus fundus hoc anno v. g. sit producturus, sed tamen moraliter id determinari poterit relatione facta ad alios annos, ita ut ab initio moraliter certum esse possit fundum semper magis producturum, quam efficiunt usurae legitimae.

Obj. *L.* 14 *cod. h. t.*, ubi aliquis dederat domum pignori, conveneratque ut in ea habitare posset creditor; erat autem talis domus quae, si locata fuisset, plus ex ejus locatione perceptum fuisset quam efficiebat modus legitimus usurarum, v. g. erant 1000 mutuo data, et domus quae dabatur inhabitanda creditori pro usuris illorum 1000 locari poterat 200, de hoc casu rescripsit imperator *non esse illegitimum foenus contractum, sed habitationem vilius contractam videri*. ℟. quod in casu illius legis ampla domus fuerit pignori data creditori quae licet locari potuisset 200, usus tamen ejus creditori non valebat 200, quatenus ille non indigebat tam ampla domo: itaque, licet in casu usus domus casu quo locatus fuisset excederet modum illegitimum usurarum, cum tamen usus, quem praestat creditori, modum illum non excederet, ideo imperator respondet *non esse illegitimum foenus, sed domum vilius conductam videri*.

Sed numquid in omni antichresi, dum v. g. permitto creditori, ut loco usurarum fructus percipiat, videtur esse species locationis, jam autem licitum est vilius locare quam revera usus valet, itaque, dum ei cui v. g. 100 annue debeo ex usuris legitimis permitto fructus capere pro 150 videtur contractus ille valere? Est quidem mihi liberum rem meam vilius locare, talisque locatio rescindi nequit, sed in antichresi hoc fieret in fraudem legis, quae excessivas usuras prohibet: praeterea talia pacta ab invitis debitoribus extorquentur, qui, dum pecunia indigent, in pacta sibi perniciosissima consentiunt, modo pecuniam obtineant, unde merito haec pacta reprobantur. Eadem ratione, licet permissum sit rem suam minoris vendere, prohibetur tamen pactum legis commissoriae in pignoribus et hypothecis, ex eo quod nimis faciles sint homines ad praestandum consensum talibus pactis.

§ XIII.

Sicuti prohibitum est usuras ultra legitimum modum stipulari, ita multo magis prohibitus est anatocismus, seu pactum quo convenit ut non tantum usurae sortis, sed usurae etiam usurarum solvantur. Ratio prohibendi fuit, tum ne nimium opprimerentur debitores, et ita brevi ad egestatem redigerentur, tum quia usurae sunt accessio sortis, sic non possunt ipsae novam accessionem producere, quatenus non datur accessio accessionis; itaque si 1000 mihi debeas sub usuris et, cum intra aliquod tempus non solveris, pro usuris mihi debeas adhuc 200, non possum convenire ut ex illis 200 usuras praestes. Caeterum facile erat eludere hanc prohibitionem, scilicet cum debitor 1000 ratione sortis deberet et 200 ratione usurarum, stipulabatur creditor ab eo 1200, quo casu illae duae summae constituebant unicam sortem aeque principaliter debitam, ratione quarum creditor usuras stipulabatur: hanc fraudem videns Justinianus in *L.* 28 *cod. h. t.* specialiter prohibuit, ne quod usurarum nomine deberetur, in sortem converteretur cum hoc effectu ut usurae ex hoc praestarentur; sed statuit ut quod semel tamquam usura est debitum, maneat ita debitum, nec umquam possit usuras producere.

Non potest ergo ex usuris debitis, seu nondum solutis, nova sors constitui cum hoc effectu, ut usurae ex ea debeantur: caeterum, ubi usurae solutae sunt, nil implicat quominus creditor pecuniam, quam pro usuris accepit, iterum mutuam det eidem debitori sub usuris; v. g. 1000 mihi debes sub usuris, solvis 200 usurarum nomine, possum haec 200 tibi mutuo dare sub usuris, scilicet, jam haec 200 mihi soluta sunt, et adeo non efficiunt amplius usuras, sed constituunt novam sortem, quam tibi mutuo do; nec hic idem inconveniens timendum est, nam debitores facile consentiunt ut usurae, quas debent et quas nunc solvere nequeunt, in novam sortem convertantur, sperantes de meliore fortuna, adeoque ex necessitate et quodammodo inviti ad hoc coguntur, quod non ita contingit quando revera usuras quas debebant solverunt. Iisdem principiis nititur *L. ult. cod.*

de usuris rei judic., ubi Justinianus decidit, quod si quis per sententiam fuerit condemnatus ad certam summam tam ratione sortis ab eo debitae, quam ratione usurarum non solutarum, et intra quadrimestre judicato non satisfecerit, teneatur quidem ad usuras ratione sortis, in qua fuit condemnatus, sed non ratione usurarum; v. g judex condemnavit aliquem in 1200, scilicet in 1000 quae mutuo acceperat, et in 200 pro usuris quas nondum solverat, post quadrimestre current quidem usurae ratione 1000, sed non ratione aliorum 200.

Quod diximus usuras usurarum deberi non posse, hoc intelligendum est in debitore qui usuras debet, quod nempe apud eum usurae quas debet usuras parere nequeant: caeterum nil implicat quominus apud alium usuras pareant, v. g Titius 1000 debet Maevio, et ulterius 200 usurarum nomine, ego autem negotia Titii gerens solvo Maevio 1200, nil implicat quominus usuras exigam a Titio ratione 1200, quae pro ipso solvi. scilicet illa 1000 et 200 apud me constituunt unicam sortem aeque principaliter debitam, ita ut non debeat mihi 1000 tamquam sortem et 200 tamquam usuras, sicuti Titio debebat, sed debet mihi 1000 et 200 tamquam unicam sortem, ex negotiorum enim gestione tenetur mihi ad omne id quod pro ipso impendi. Sic etiam, si tutor, vel alius receperit a debitore pupillari 1000 ratione sortis et 200 ratione usurarum, ex totis 1200 usuras debebit, si in usus suos hanc pecuniam verterit, illa enim 1200 apud eum constituunt unicam sortem aeque principaliter debitam.

§ XIV.

Usuris ex mora locus est, quando pecunia debetur ex contractu bonae fidei, scilicet per constitutiones principum in negotiis bonae fidei, hic effectus morae fuit adscriptus, ut possit judex ex officio suo reum ad usuras condemnare a tempore quo in mora fuit solvendi, licet de usuris praestandis nulla mentio in contractu facta fuerit. Multum autem interest inter has usuras et eas quae ex obligatione debentur. scilicet quae ex mora debentur, proprie loquendo nondum debentur, nisi debitorem judex ad eas condemnavit, nec eas consequetur creditor vi obligationis, sed unice ex officio judicis, quod officium judex applicat in consequentiam actionis ad sortem intentatae; sic si 1000 mihi debeas ex contractu bonae fidei, et de usuris nihil dixerimus, casu quo moram facias in solvendo, ego agens ad 1000, consequar usuras officio judicis ab eo tempore quo in mora fuisti, in consequentiam nempe actionis meae intentatae ad 1000; quod si antequam agam, volenti mihi illa 1000 solvas, licet diu in mora fueris ea solvendi, non tamen usuras amplius consequi potero ejus temporis quo in mora fuisti, quia nempe ad illas usuras nullam actionem habeo, antequam judex adeas condemnaverit, sed unice illas consequi poteram in consequentiam actionis meae ad 1000; cum ergo sortem acceptando amiserim actionem meam, nullum amplius medium habeo, quo usuras consequi possim (*L.* 49 § 1 *ff. de act. empt.*). Aliud est dum usurae ex conventione debentur: sic si mutuo tibi dederim 1000, et usuras sim stipulatus, licet reddas mihi 1000, potero tamen adhuc petere usuras praeteriti temporis, quas nondum solvisti, scilicet pro usuris illis specialem actionem habeo, cum eas stipulatus sim, et sic, licet actio mea ad sortem sit sublata, cum tamen usurae illae non debeantur in consequentiam actionis meae ad sortem intentandae, sed pro illis specialem actionem habeam, eas adhuc potero exigere.

Sunt etiam casus, in quibus judex ad usuras ex officio condemnare potest, licet nulla mora proprie dicta commissa sit, illisque casibus dicitur mora ex re committi, scilicet, vera mora, seu mora ex persona non contrahitur nisi mediante interpellatione. Certis autem casibus placuit, ut in venditione, ut ex sola cessatione in solutione videretur debitor in mora esse ad hunc effectum, ut ad usuras condemnari possit a tempore quo res vendita ei tradita fuit (*L.* 5 *cod. de act. empt.*, *L.* 13 § 20 *ff. cod.*); sic etiam is qui fisco, pupillo, vel minori pecuniam debet, ex eo solo quod non solvat, ad usuras potest condemnari (*L.* 1 § 3 *ff. h. t.*, *L.* 3 *cod. in quib. caus. in int. rest. necess. non est*); item rerum alienarum administratores, ut negotiorum gestor, mandatarius, socius etc., qui pecuniam ejus cujus negotia gerunt in suos usus vertunt, sine ulla mora ad usuras teneri incipiunt (*L.* 38 *ff. de negot. gest.*, *L.* 1 § 1 *ff. h. t.*). Caeterum, extra hos casus et paucos alios, usurae in bonae fidei judiciis non debentur, nisi a tempore verae morae commissae.

§ XV.

Quid si pecunia debeatur ex contractu stricti juris, an debitor a tempore morae in usuras condemnabitur? In judiciis strictijuris nequidem a tempore litis contestatae ad usuras condemnatio fit, quamvis plures, inter quos Huberus, contrarium teneant. Ratio est quod nequidem in bonae fidei judiciis usurae deberentur, nisi constitutiones principum id effecissent, ut ex sola mora etiam ante litis contestationem deberentur; nulla autem similis constitutio reperitur pro judiciis stricti juris, imo omnes leges ajunt id constitutum esse in bonae fidei judiciis, et sic, cum hoc referant tamquam aliquid speciale in illis judiciis, insinuant nil simile fuisse statutum in judiciis stricti juris; si ergo hoc statutum non sit in judiciis stricti juris, judex in illis hanc facultatem non habet, sed juxta strictam

Digitized by Google

naturam illorum judiciorum condemnare tantum potest in id, quod in obligationem est deductum.

§ XVI.

Sistitur cursus usurarum imprimis soluta sorte principali, cum enim tunc extinctum sit debitum principale, necesse est ut extinguantur usurae, quoniam illae in consequentiam tantum debiti principalis currebant; quod tamen intelligendum est de usuris in futurum, nam quae in praeteritum jam cucurrerant, si ex obligatione debeantur, non obstante solutione sortis, remanent debitae, illarum enim obligatio jam distincta erat ab obligatione debiti principalis: aliud est in usuris ex mora debitis, nam, ut dixi ante, si recipiam sortem, non potero amplius consequi usuras temporis praeteriti, quo debitor in mora fuit, quoniam illas tantum consequi poteram officio judicis in consequentiam actionis ad sortem intentatae; jam autem actio mea ad sortem per ejus solutionem perempta est (*L.* 49 § 1 *ff. de act. empti*).

Quod dictum est de solutione dicendum etiam de novatione, acceptilatione aliisque modis, quibus debitum extinguitur; unde si debitor sortem obtulerit, et eam sine causa acceptare nollet creditor, obsignaverit et deposuerit debitor, ab eo tempore statim usurae currere desinunt (*L.* 6, 9 *et* 19 *eod. h. t*); placuit enim ut consignatio et depositio, quae subsequebatur oblationem injuste recusatam, plene liberaret debitorem, eodem modo ac si revera solvisset. Caeterum requiritur ut totam sortem debitor offerat et consignet, nam si partem tantum offerat et consignet currunt adhuc usurae, etiam pro parte quam consignavit, non enim licet partem creditori solvere, et creditor jus habet talem solutionem partialem recusandi (*L.* 41 § 1 *ff h. t.*); simile jus recusandi creditor habet, si offeratur ei sola sors sine usuris jam inde cessis, prius enim usurae solvi debent, antequam sortem acceptare cogatur.

§ XVII.

An simplex oblatio liberat debitorem ab usuris in futurum, si creditor acceptare nolit? Si sint usurae ex conventione debitae, sola oblatio non sistit cursum usurarum, ut probat *L.* 19 *cod. h. t.*, ubi imperator rescribit ad eum, qui pecuniam mutuo acceptam obtulerat, quod eam deponere et consignare debebat, ut sic cursus usurarum sistatur; juxta imperatorem igitur sola oblatio non sufficit, nisi sequatur consignatio et depositio; agitur autem ibi clare de usuris ex conventione debitis, non vero de pecunia mutuo data, in mutuo enim, utpote contractu stricti juris, numquam debentur usurae, nisi ex conventione. Ratio est quod usurae ex conventione debitae non minus sint debitae quam ipsa sors; sicut ergo per solam oblationem non tollitur obligatio ad sortem, ita nec tolli debet obligatio ad usuras; nec hoc iniquum dici potest, nam debitor remedium promptum habet, quo sistat cursum usurarum, si creditor pecuniam accipere nolit, cum possit eam obsignare et deponere.

Obj. *L.* 9 *cod. h. t.*, ubi rescribitur, quod si per debitorem non steterit, quominus intra tempus statutum minores usuras solverit, sed per creditorem, majores exigi non possint, sic videtur decidi solam oblationem sufficere ad sistendas usuras. ℟. quod ibi non dicatur solam oblationem sistere usuras ex conventione debitas, nam in ultimis verbis legis imperator manifeste requirit consignationem, ut sistantur usurae, scilicet, casus legis est hic. Aliquis certam summam dederat mutuo sub usuris v. g. triennibus, et stipulatus fuerat ut, si suo tempore usurae non solverentur, deberet debitor majores usuras solvere v. g. semisses, et ita majores usurae erant debitae sub conditione, si minores suo tempore non solverentur: cum autem debitor offerret minores, creditor recusavit accipere: de eo casu respondet imperator debitorem non teneri ad majores usuras, et ita in illa decisione non agitur de sistendo cursu usurarum, sed de impediendo novo cursu majorum usurarum. Non mirum autem quod majores in eo casu non currant, nam debebantur tantum sub conditione, si minores suo die solutae non essent, at steterat per creditorem, in cujus persona adimpleri debebat conditio, ne ea impleretur; regula enim est quod quando ille, in cujus persona debet adimpleri conditio, vel cujus interest eam non impleri, efficit ne ea impleatur, conditio pro impleta habeatur (*L.* 161 *ff. de reg. jur.*).

§ XVIII.

Quid jam de usuris ex mora debitis? In bonae fidei judiciis dicimus earum cursum sisti per solam oblationem, absque eo quod consignatio et depositio fuerit subsecuta. Ratio est quod sola causa illarum usurarum sit mora, jam autem per oblationem mora purgatur (*L.* 91 § 3 *ff. de verb. oblig.*), et adeo cessare debent effectus morae; et certe, cum usuras illas unice ex aequitate judex adjudicet, aequitas illa prorsus cessat post oblationem; praeterea licet post moram periculum rei debitae incipiat spectare ad debitorem, postquam tamen debitor rem obtulit, statim desinit esse ejus periculo; si ergo ille effectus morae per oblationem cesset, etiam alius effectus quoad usuras cessare debet.

Obj. quod non obstante oblatione, judex possit condemnare ad usuras temporis, quo debitor ante oblationem in mora fuit; ergo etiam ad usuras temporis post oblationem. ℟. Disparitas est quod, non obstante oblatione, equidem verum sit moram commissam fuisse; illa autem mora commissa produ-

xerat jam inde usuras, consequenter ad eas condemnare judex potest; sed, cum oblatio efficiat ne in futurum debitor in mora sit, cessat causa quare judex in futurum condemnare posset.

Obj. quod non obstante oblatione debitor pergat uti pecunia, adeoque quod aequitas postulet ut adhuc ad usuras teneatur. ℞. Si hoc argumentum concluderet, sequeretur quod in omni debito absque nulla mora et conventione usurae currerent, quod tamen falsum est, scilicet, solus usus pecuniae ad usuras non obligat, sed ulterius requiritur conventio, vel saltem requiritur, ut debitor injuste privet creditorem usu pecuniae debitae, prout contingit quando moram facit; postquam autem obtulit, non privat amplius injuste creditorem usu pecuniae debitae, cum supponatur creditor recusasse.

Obj. quod usurae ex conventione debitae non sistantur per solam oblationem. ℞. Disparitas est quod tunc causa usurarum sit conventio seu obligatio, ea autem non tollitur per oblationem; sed in usuris ex officio judicis debitis causa usurarum est mora; jam autem mora plene purgatur per oblationem.

Obj. Suppone quod debitor promiserit usuras sub conditione, si moram fecerit, quodque revera moram faciat, adeoque incoeperint currere usurae, illae usurae non sisterentur per solam oblationem. ℞. quod in illo casu usurae non sint ex mora debitae, sed ex conventione, scilicet usurae supponuntur promissae sub conditione morae; adeoque si mora committatur, mora quidem illa facit existere conditionem promissionis, sed non erit causa usurarum, vera causa usurarum erit conventio seu obligatio; obligatio autem illa non tollitur per oblationem.

Inst. In bonae fidei judiciis constitutiones principum effecerunt, ut ex mora deberentur usurae, sicque videntur illae constitutiones esse causa usurarum, ita ut mora tantum faciat existere conditionem, sub qua principes constituerunt ut currant usurae; atqui per oblationem non tolluntur illae constitutiones principum, non magis quam conventio tollitur; ergo, cum usurae debitae vi conventionis non sistantur per solam oblationem, ita nec sisti debent usurae ex constitutionibus principum debitae. ℞. Constitutiones principum non esse causam usurarum in judiciis bonae fidei, scilicet constitutiones illae hunc effectum morae dederunt, adeo ut vera causa usurarum ibidem sit mora, quae, cum per oblationem tollatur, tollitur etiam ejus effectus; sed dum contrahentes usuras promittunt sub conditione morae, causa illarum usurarum non est mora, sed conventio, scilicet contrahentes non possunt effectum aliquem morae dare, quem mora de se non habet, sed sola lex id potest; totum quod contrahentes facere possunt est moram in conditione ponere, ita tamen ut, si mora existat, vera causa cur debeantur usurae semper sit conventio.

Quod attinet *L.* 9 *et* 19 *cod. h. t.*, ubi dicuntur usurae sisti per oblationem et depositionem, adeoque insinuatur non sufficere solam oblationem, loquuntur istae leges de usuris ex conventione debitis, scilicet loquuntur de mutuo; in mutuo autem non alias debentur usurae, quam si per stipulationem promissae sint.

Obj. *L.* 28 § 1 *ff. de admin. et peric. tut.*, ubi postquam Marcellus dixerat tutorem, qui finita tutela pecuniam pupillo obtulit, usuras praestare non debere, subjicitur nota Ulpiani dicentis *non sufficit obtulisse, nisi et deposuerit obsignatam tuto in loco*; certe enim hic non agitur de usuris ex conventione debitis, sed de usuris ex mora debitis, scilicet judicium tutelae est bonae fidei. ℞. Notandum quod olim tutor ad usuras pupillo non teneretur finita tutela, nisi moram fecisset in solvendo, seu nisi interpellatus fuisset; cumque haec jurisprudentia obtinuerit tempore Marcelli, ideo Marcellus respondet per solam oblationem cursum illarum usurarum sisti, cum per eam mora plene purgetur, quod omnino conforme est principiis jam traditis: verum, cum postea tempore imperatoris Severi invaluerit, ut debitor pupilli vel minoris sine ulla mora ad usuras teneretur, ob id solum quod non solverat, consequens erat ut J. C. responderent tales usuras non sisti per solam oblationem, sed requiri consignationem et depositionem; et ideo Ulpianus in *L.* 28 § 1 notat solam oblationem non amplius sufficere, quae tamen tempore Marcelli sufficiebat: sic etiam Papinianus in *L.* 1 § *ult. ff. h. t.* ait, quod nemo *hodie* ambigat, cum tutor usuras debeat usque ad eum diem que solvit, ita ut sola oblatio non sufficiat.

Sic patet quod in illis casibus, ubi usurae in bonae fidei judiciis debentur sine ulla mora, ex eo solo quod debitor non solvat, seu in illis casibus ubi mora ex re committitur, quod ibi usurae non sistantur per solam oblationem, nisi accedat consignatio et depositio, juxta *d. L.* 28 § 1 *ff. de admin. tut.*, *L.* 1 § *ult.*, *L.* 18 § 1 *ff. h. t.* Cum ergo ibi sola oblatio non sufficiat, cur sufficit in usuris ex vera mora debitis? Disparitas est quod in illis casibus, ubi mora ex re committitur, usurae currant ob id solum quod debitor non solvat, quodque pecunia debita pergat uti iodepeedenter ab eo, an moram faciat, necne; jam autem, licet obtulerit, tamen non solvit, imo utitur adhuc pecunia debita, et sic adhuc militat ratio quare ad usuras teneatur. Sed in usuris ex vera mora debitis causa earum est mora, ita ut sine mora non currant; jam autem per oblationem mora plene cessat, adeoque cessat unica causa usurarum.

Fortiter adhuc obstare videtur *L* 7 *ff. h. t.*, ubi supponitur quod debitor usurarius creditori pecuniam obtulerit, et eam cum accipere noluisset,

obsignavit ac deposuit: ait Papinianus *quod ex eo die ratio habeatur usurarum*; et ita juxta Papinianum usurae non sistuntur ex die oblationis, sed ex die consignationis et depositionis ℟. quod in illa lege Papinianus non tractet de casu, ubi usurae ex mora erant debitae, sed ubi ex conventione debebantur, ait enim *debitor usurarius*, talis autem proprie dicitur ille, qui usuras promisit.

Major est difficultas in verbis sequentibus: *quod si postea coactus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo non erunt*: quomodo potest debitor, qui deposuit et consignaverit, adhuc conveniri, cum depositio et consignatio liberet debitorem ipso jure eodem modo ac solutio? ℟. Supponit Papinianus quod debitor, postquam deposuerat et consignaverat pecuniam, iterum eam receperit, quo casu, licet fuerit liberatus, et obligatio extincta non reviviscat, ex aequitate tamen receptum sit ut contra talem debitorem, postquam suam pecuniam recepit, detur utilis actio, adeo ut de novo conveniri possit eodem modo ac si non deposuisset nec consignavisset, ita ut obligatio utiliter reviviscat (*L.* 19 *in fine cod. h. t.*); supponit itaque Papinianus quod, postquam debitor usurarius deposuerat pecuniam, eam iterum receperit, et ait quod, si de novo moram committat, incipiat iterum teneri ad usuras, sicque vult quod non statim post receptionem pecuniae ad usuras teneatur, sed tantum a tempore, quo novam moram faciet. Sed ex illa interpretatione sic inferri potest; ergo tractat Papinianus de usuris ex mora debitis, nam ad videndum an usurae currant, respicit utrum mora facta sit; si autem ex conventione darentur, non esset respiciendum ad moram, cum a momento quo recepit pecuniam, incoeperint iterum currere usurae. ℟. quod Papinianus non tractet de casu, ubi usurae simpliciter erant promissae, sed ubi erant promissae sub conditione morae, scilicet, casus quem Papinianus tractat est talis. Aliquis certam summam mutuam acceperat, et promiserat usuras sub conditione, si moram faceret: postea moram fecerat, sicque incoeperant currere usurae: deinde obtulerat debitum, cumque creditor accipere nollet, consignaverat et deposuerat, et adeo plene liberatus erat: postea iterum receperat istam pecuniam depositam, sicque revixerat pristina obligatio; cum autem ab initio usuras promisisset sub conditione morae, obligatio illa reviviscit sub eadem conditione, ita ut si de novo moram committat, usurae incipiant currere; scilicet non est ratio cur usurae currant a die quo pecuniam receperat, nam deponendo et consignando plene extinxerat cursum usurarum; per receptionem quidem ex aequitate reviviscit pristina obligatio, sed aequitas illa tantum postulat ut quoad sortem pristina obligatio reviviscat, quoad usuras autem non aliter reviviscat, nisi sub conditione novae morae. Sed undenam habemus quod Papinianus de tali casu tractet, cum hoc in lege non dicitur, sed simpliciter dicitur *debitor usurarius*? ℟. Illa lex est desumpta ex libris *responsorum Papiniani*, sicque continet responsum Papiniani ad casum sibi propositum, quem casum cum ignoremus, talem fingere debemus ut decisio conveniat cum juris principiis: praeterea ex omnibus decisionibus satis patet quod tractet de casu, ubi usurae sub conditione morae erant promissae, nam imprimis debitor usurarius proprie dicitur qui usuras promittit; cum autem Papinianus moneat esse respiciendum an moram fecerit, non possumus eum intelligere de casu, ubi specialiter usurae erant promissae, nam tunc independenter a mora currerent; itaque dicendum quod tractet de casu, ubi sub conditione morae erant promissae.

§ XIX.

Sistitur etiam cursus usurarum, si sorti, ratione cujus currebant, praescriptum sit; itaque si tibi 1000 mutuo dederim sub usuris, et per triginta annos te non interpellaverim, nec tu usuras solveris, usurae currere desinent; cum enim obligationi principali praescriptum sit, adeoque sors sublata sit, etiam obligationem usurarum sublatam esse necesse est.

Sed quid de usuris annorum praeteritorum? Certe praescriptum erit obligationi usurarum, quarum dies venit ante triginta annos. Sed dubitari poterat de usuris illorum annorum, a quibus nondum effluxerant triginta anni; cum enim v. g. hoc anno praescriptio impleatur, licet anno sors per praescriptionem extinguatur, potuit tamen adhuc producere usuras annis praeteritis, eumque creditor ad istas usuras singulis annis efficacem actionem acquisiverit, et ab ista acquisitione nondum praeterierint triginta anni, videbantur usurae illae adhuc peti posse, eodem modo ut, dum sors solvitur, non obstante solutione, exigi tamen adhuc possunt usurae temporis praeteriti; nihilominus tamen imperator in *L.* 26 *cod. h. t.* statuit, ut statim ac sorti praescriptum est, nullae amplius usurae peti possint.

TITULUS II.

DE NAUTICO FOENORE.

Per nauticum foenus seu pecuniam trajectitiam intelligitur pecunia, quae mutuo datur ut trans mare vehatur, ita ut sit periculo creditoris, ubi in aliis mutuis pecunia accepta periculo accipientis est; itaque in hoc foenore, si navis pereat, creditor nihil quidquam petere potest, nec sortis, nec usurarum nomine; quod tamen intelligendum est de periculo, quod ex ipsa navigatione oritur, non

de casu quo culpa debitoris sors periret (*L.* 3 et 4 *cod. h. t.*). In hoc foenore nautico duo sunt specialia, scilicet quod usurae ex nudo pacto debeantur (*L.* 4 *ff. h. t.*), item olim exigi poterant usurae ultra centesimas, ob periculum nempe quod creditor in se susceperat: post Justinianum autem, qui in *L.* 26 *cod. de usuris* modum usurarum diminuit, usque ad centesimas eas restrinxit; caeterum communis usurarum modus hic tantum excedi potest eo tempore, quo periculum ad creditorem spectat; unde statim ac navis salva ad portum pervenit, vel elapsum est tempus, usque ad quod placuit periculum creditoris esse, non aliae, nisi ordinariae usurae exigi possunt (*L.* 4 *ff.*, *L.* 2 *cod. h. t.*).

TITULUS III.

DE PROBATIONIBUS ET PRAESUMPTIONIBUS.

TITULUS IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM ET AMISSIONE EORUM.

TITULUS V.

DE TESTIBUS.

Hos titulos disce ex *decretalibus*.

TITULUS VI.

DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

Materiam hujus tituli exposuimus sub titulo *de condictione indebiti*.

LIBER VIGESIMUS TERTIUS

—

TITULUS I.

DE SPONSALIBUS.

TITULUS II.

DE RITU NUPTIARUM.

Hos titulos repete ex Heineccii Recitationibus *Tit. X lib. I.* et vide edictum Imperatoris 28 septembris 1784.

TITULUS III.

DE JURE DOTIUM.

§ I. Quid sit dos.
§ II. De divisione dotis in aestimatam et inaestimatam.
§ III. De alia divisione dotis in profectitiam et adventitiam.
§ IV. Quid si quis dotem filiae promiserit, et moriens patrem heredem instituerit, qualis erit illa dos.
§ V. Quid si pater heres institutus sit, atque gener substitutus, pater autem hereditatem repudiaverit ut ad generum perveniret.
§ VI. Quid hoc est: *facto patris dotem proficisci.*
§ VII. De divisione dotis in cautam et numeratam.
§ VIII. Quinam ad dotem dandam tenentur.
§ IX. An filia dives debet dotari.
§ X. An pater promissor dotis satisfacit dotem constituendo in bonis devolutis.
§ XI. An mater tenetur filiam dotare.
§ XII. De beneficio competentiae.
§ XIII. Quid si quis simpliciter dotem promiserit, nulla determinata quantitate.
§ XIV. Quae res possunt in dotem dari.
§ XV. Quid moribus circa dotes obtinet.
§ XVI. Quale jus habet maritus in fundo dotali.
§ XVII. De donatione propter nuptias.
§ XVIII. De donationibus sponsalitiis.
§ XIX. De bonis paraphernalibus.

§ I.

Quoniam jure Romano, marito tanquam familiae capiti incumberet onus totam familiam alendi, vix iniri solebant nuptiae quin in dotem aliquid marito daretur, ex cujus fructibus onera matrimonii sustineret; est igitur dos donatio quaedam marito facta ab uxore, vel ab alio pro uxore, ad sustinenda onera matrimonii. Dicitur donatio quaedam, nam certe vera donatio non est, saepe enim quia adstringitur ad dotem dandam, et maritus, qui eam accipit, non lucrativo, sed oneroso titulo illam habet (*L.* 19 *ff. de oblig. et act.*), cum pro ea se obliget ad onera matrimonii sustinenda.

§ II.

Dos imprimis dividitur in dotem aestimatam et dotem inaestimatam: inaestimata dicitur, quando simpliciter aliqua res in dotem datur: aestimata, quando certa pecunia in dotem promissa est, et postea convenit ut loco illius pecuniae maritus certam rem accipiat, quae pro ista pecunia aestimatur, quo casu istam rem emere videtur pro pecunia sibi promissa.

Caeterum notandum quod possit dupliciter dos aestimari; nempo venditionis causa, quando ita aestimatur prout descripsimus; et taxationis causa, quando nempe res quae in dotem datur ea tantum intentione aestimatur, ut postea, quando maritus dotem restituet, videri possit utrum sit deterior facta, vel non (*L.* 69 § 7 *ff. h. t.*); haec autem dos proprie aestimata non dicitur, sed per dotem aestimatam intelligitur illa sola, quae venditionis causa aestimatur.

Dos inaestimata differt ab aestimata, quod, re aestimata in dotem data, soluto matrimonio maritus non teneatur illam rem reddere, sed tantum summam pro qua eam accepit, pro ea enim summa rem emit, et potius illam summam, quam rem videtur accepisse; itaque maritus pleno jure domi-

nus est rei aestimatae, eamque elienare potest; ex quo ulterius sequitur quod, licet res perierit, teneatur tamen maritus reddere aestimationem, quoniam non est debitor istius rei, sed aestimationis, ut adeo per interitum istius rei, licet fortuito contingentem, non liberetur. Contraria sunt in dote inaestimata, scilicet eamdem rem, quam accepit, maritus soluto matrimonio reddere debet, quae, si pereat, interitu ejus liberatur; ulterius illius rei non habet nisi dominium quod passim *civile* vocant interpretes, nec talem rem alienare potest, si immobilis sit; unde patet melius esse accipere dotem inaestimatam, quam aestimatam, quoniam posterior periculo mariti est (*L.* 10 *ff. h. t.*).

Quod si dos aestimata pereat ante matrimonium contractum, periculum erit uxoris, scilicet venditio, quae intervenit in dote aestimata, suspenditur a tacita conditione, si nuptiae sequantur, et sic, si ante nuptias pereat, perit pendente conditione venditionis, adeoque perit uxori venditrici (*L.* 10, 14 5 *ff. h. t.*).

§ III.

Alia divisio dotis est in profectitiam et adventitiam: profectitia dicitur, quae a patre profecta est ex bonis vel facto ejus (*L.* 5 *ff. h. t.*); caeterum, ut dos profectitia sit, non sufficit a patre datam esse, sed debet a patre ut patre datam esse (*L.* 5 § 11 *ff. h. t.*). Hinc imprimis, si quis dotem pro mea filia promittat, ego autem pro illa promissione fidejubeam, et ex fidejussione solvere cogar, non erit dos profectitia, sed adventitia, quia non ut pater, sed ut fidejussor illam do (*L.* 5 § 6 *ff. h. t.*): sic etiam, si quis mihi certam summam daret ea lege, ut in dotem illam dem filiae meae, non erit dos profectitia, sed adventitia; quoniam illam do tamquam obligatus ex pacto donationi adjecto (*L.* 5 § 9 *ff. h. t.*).

§ IV.

In *L.* 5 § *ult. ff. h. t.* quaeritur, quid si quis pro aliqua filia dotem promiserit, isque moriens reliquerit patrem illius filiae heredem, an dos a patre soluta sit profectitia, an adventitia? Et siquidem pater heres extiterit promissori, postquam jam inde filia ejus nupta esset, ait J. C. non esse dotem profectitiam, scilicet, ad istam dotem obligabatur pater tamquam heres promissoris, adeoque eam solvendo, non ut pater eam solvit, sed ut obligatus ex promissione ejus, cui heres fuerat. Quod si pater promissori heres extiterit, antequam filia ejus nuberet, jam ait J. C. dotem ab eo datam esse profectitiam, scilicet, tunc adhuc erat in potestate patris jure patriae potestatis nuptias a filia contrahendas impedire, adeoque, licet heres extiterit promissori dotis, ex ea tamen promissione non tenetur, illa enim promissio dotis continet tacitam conditionem, si nuptiae sequentur, et est in potestate patris efficere ne ista conditio existat, sic quodammodo est in potestate ejus efficere ne teneatur ex illa promissione: jam autem, dum in potestate debitoris est an obligetur, necne, proprie loquendo non est obligatio; itaque pater illam dotem solvens, potius eam solvit tamquam pater, quam tamquam obligatus ex promissione ejus, cui heres est.

§ V.

Ulterius, ut sit dos profectitia, debet profecta esse de bonis patris, vel saltem facto patris; hinc si pater v. g. heres institutus sit ab aliquo, cumque gener ejus ei substitutus esset, vel esset proximus defuncto ab intestato, pater repudiet illam hereditatem, ut ad generum suum ex substitutione, vel ab intestato hereditas perveniat dotis constituendae causa, haec dos non erit profectitia (*L.* 5 § 5 *ff. h. t.*): ratio est quod de bonis patris profecta non sit, scilicet patri nunquam acquisita fuerat illa hereditas, supponitur enim illam repudiasse, adeoque nunquam fuerat in bonis patris; unde aliud esset, si pater hereditatem adivisset, licet tunc rem genero in dotem dedisset.

Nec obstat quod si pater adiisset hereditatem, eam gener non habuisset; quia inde non sequitur quod ex bonis patris eam acceperit. imo nequidem a patre eam accepit, sed a lege, vel a testatore; scilicet repudiatio patris nil aliud effecit, quam ut existeret conditio, sub qua lex vocabat generum ad hereditatem defuncti, tamquam proximum ab intestato, vel sub qua testator, qui eum substituerat, eum vocabat.

Sic etiam in eodem § decidit J. C., quod si gener ab aliquo sit heres institutus, et patri legatum sit relictum, pater autem legatum repudiet, ut apud heredem generum maneat, dotis constituendae causa, haec dos non sit profectitia.

Obj. tamen quod dominium rei legatae ipso jure in legatarium transeat, et sit translatum a momento quo heres hereditatem adivit, atque adeo quod pater esset dominus istius rei legatae; quod si verum sit, sequitur quod res legata, quam pater repudiavit, ex bonis ejus ad generum pervenerit. ℟. Illud quod dicitur, dominium rei legatae ipso jure in legatarium transire, tantum verum esse, si postea non repudiet, ita ut si repudiet, nunquam videatur dominium ejus habuisse, sed dominium semper videatur fuisse apud heredem, ut constat ex *L.* 86 § 2 *ff. de rebus dubiis;* cum ergo pater in casu repudiaverit legatum, ex postfacto apparet quod nunquam dominus fuerit, atque adeo quod res ex ejus bonis non sit profecta.

Eadem ratione, licet virum inter et uxorem prohibita sit omnis donatio, per quam accipiens fit ditior et donans pauperior, si tamen vir repudiet hereditatem, ut ad uxorem perveniat, quae ei sub-

stituta erat, vel quae erat, proxima defuncto ab intestato; item si repudiet legatum sibi relictum, ut maneat apud uxorem heredem scriptam, ea res non incidet in probibitam donationem; ille enim qui hereditatem vel legatum repudiat non fit pauperior, nec aliquid de patrimonio suo alienat, eum post repudiationem appareat eum numquam acquisivisse (*L.*5 § 13 *et* 14 *ff. de donat. inter vir. et ux.*).

Sic etiam, quamvis revocari possint ea, quae libertus in fraudem patroni, item quae debitor in fraudem creditorum alienavit, id tamen cessat in casu, quo libertus vel debitor hereditatem vel legatum sibi relictum repudiat; hoc enim non alienat, sed tantum non acquirit (*L.* 1 § 6 *ff. si quid in fraud. pat.*, *L.* 6 § 2 *at* 4 *ff. quae in fraud. cred.*).

Obs. *L.* 5 § 8 *ff. de reb. aor. qui sub tut. sunt.* Scilicet sciendum quod pupillus, vel minor non possit alienare res immobiles sine decreto praetoris; supponitur jam in illa lege, qood pupillus repudiet fundum sibi legatum: ait Ulpianus, quod repudiatio non valeat sine praetoris auctoritate, additque rationem *quod nemo dubitet alienationem esse.* Dum dieit *repudiationem legati alienationem esse*, non intelligit quod vera alienatio sit, alias enim sibi ipsi contradiceret in *L.* 5 § 3 *ff. h. t.*, item in *L.* 5 § 14 *ff. de donat. inter vir. et uxor.* Itaque per illa verba tantum vult, quod illa repudiatio sit habenda pro alienatione, respective scilicet ad mentem Senatus-consulti, quod alienationem immobilium prohibuit, per quam prohibitionem voluit Senatus omne damnum a minoribus et pupillis avertere; itaque dicendum est, quod in favorem pupillorum specialiter placuerit repudiationem ejus haberi pro alienatione, eum pupilli intersit ut nulla sit.

§ VI.

Illa etiam dos profectitia est, juxta *d. L.* 5, quae facto patris proficiscitur, quamvis non ex bonis ipsius; sed numquid tune hereditas vel legatum, quod ex repudiatione patris ad generum perveoit, constituet dotem profectitiam, cum ex facto patris, seu ex ejus repudiatione ad eum perveniat? R. negative; nec tale factum J. C. intelligit, alias enim in eadem lege sibi ipsi contradiceret; imo falsum est quod hereditas illa vel legatum ad generum perveniat ex facto patris, nam factum seu repudiatio patris tantum efficit, ut existat conditio, sub qua lex vel testator generum vocabat, et sic gener non alias hereditatem illam accipit, quam a lege vel testatore.

Itaque per dotem facto patris profectitiam intelligit eam, cui factum patris immediate causam dedit: exemplum est in *L.* 81 *ff. h. t.*, ubi pater nummos alienos in dotem dederat, sicqua profecto dos non erat profecta ex bonis patris; ait tamen J. C. quod, postquam nummi consumpti sunt, fiat dos profectitia, seilicet gener eos nummos consumendo eamdem utilitatem ex illis habuit, quam si revera dominium in se translatum fuisset, eamque utilitatem ex facto, seu ratione patris accepit.

Sic etiam si pater genero fundum alienum in dotem det bona fide accipienti, et gener istum fundum osucapiat, fundus ille post usucapionem constituet apud generum dotem profectitiam (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*); quamvis enim ex bonis patris fundus ille non sit profectus, pater tamen in dotem dando causam et titulum usucapionis genero suo dedit; is autem, qui conditionem usucapiendi in alterum transfert, usucapione impleta habetur ac si dominium in eum transtulisset.

Ex his intelligitur quaenam dos sit adventitia, seilicet omnis illa, quae non est profecta ex bonis vel facto patris: multum autem interest scire, an dos aliqua profectitia sit, an adventitia, nam profectitiam dotem filia patri succedens conferre debet, non vero adventitiam: interest etiam quoad redditionem, de qua postea.

§ VII.

Dividitur etiam dos in cautam et numeratam: posterior est, quae numeratione perfecta est: cauta, quae noodum data, sed tantum promissa est; caeterum per dotem cautam non numeratam proprie intelligitur illa, quam maritus chirographo fassus est se accepisse, et tamen non accepit, quo casu maritus, si ad reddendam dotem ex chirographo conveniatur, intra certum tempus opponere poterit exceptionem dotis non numeratae, de qua agitur in *L. ult. cod.*, *et auth. seq. de dote cauta non numer.*; quae exceptio fere similis est exceptioni non numeratae pecuniae, quam habet ille qui per scripturam fassus est se pecuniam mutuam accepisse, quam non accepit.

§ VIII.

Ad dotem dandam tenentur pater avusque paternus filiabus in potestate constitutis, paternum enim officium est filias nuptui collocare, easque dotare, habita ratione dignitatis et status generis sui; quod a judice erit aestimandum, si de eo sit quaestio (*L.* 19 *ff. de ritu nuptiar.*). Imo licet maritus, antequam matrimonium iniret, nullam de dote mentionem fecisset, nec pater puellae dotem promiserit, potest tamen post matrimonium dotem petere, nec potest dici doti renuntiasse, imo potius spe dotis accipiendae duxisse videndus est.

Caeterum hoc onus videtur tantum incumbere patri respectu filiarum, quae in potestate sunt, non vero emancipatarum, nam per emancipationem fiunt quodammodo extraneae suo patri: cui acce-

dit, quod onus dotandi videatur esse sequela oneris collocandi nuptui; jam autem J. C. in *L.* 19 *ff. de ritu nuptiar.* dum ait, patris officium esse filias matrimonio collocare, nominatim loquitur de filiabusfamilias.

§ IX.

Quid de filia divite, an eam pater dotare debeat? Verius videtur quod non, quidquid contradicat Voetius: scilicet onus dotandi incumbit tantum patri, quia ad eum spectat onus nuptui collocandi, quatenus sine dote non posset filia juxta statum et conditionem suam matrimonio jungi; jam autem filia dives sufficienter reperiet aliquem juxta statum et conditionem suam, sic obligatio paterna hic cessare videtur. Accedit etiam argumentum ex *L.* 5 § 7 *ff. de agnosc. lib.*, ubi dicitur quod si filius possit se exhibere, non sint alimenta a parentibus decernenda.

Nec obstat, quod nulla lex sub hoc titulo distinguat inter filiam divitem et pauperem, nam id mirum non est; scilicet tempore jurisconsultorum vix fieri poterat, ut filia existens in potestate patris locuples esset, nam omnia quae acquirebat patri acquirebat, etiam bona adventitia quae isto tempore adhuc in pleno dominio patris erant, nec in filiabus quaestio esse poterat de peculio castrensi vel quasi-castrensi.

Obj. *L. ult. cod. de dotis promiss.*, ubi dicitur quod si pater dotem promiserit filiae, quae bona aliunde habebat, censeatur eam promisisse de suis bonis, non vero de bonis filiae. ℟. Hoc ideo est, quia, cum pater promiserit dotem, et quisque censeatur de bonis suis promittere, censetur etiam pater de suis bonis dotem promisisse, alias nullum lucrum ex illa promissione filia sentiret; itaque pater tenetur quidem tunc filiam divitem ex suis bonia dotare, sed unice propter promissionem suam; imo lex ista potius pro nobis probat, nam si verum esset patrem teneri de suis bonis dotare filiam divitem, a fortiori certe verum esset patrem ad hoc teneri, dum dotem promisit, adeoque de eo dubitari non potuisset; Justinianus tamen in *L. ult.* ait, ab antiquis legislatoribus dubitatum fuisse, utrum ex suis bonis pater promisisse videretur: caeterum dispositio *L. ult.*, quatenus statuit ut pater promittens dotem non satisfaciat solvendo eam ex bonis ipsius filiae, adhuc hodie viget, juxta Stokmans (*decis.* 48).

§ X.

An pater promissor dotis satisfacit eam constituendo in bonis devolutis? Scilicet bodie multis in locis bona conjugis superstitis, quae babet tempore quo matrimonium solvitur, affectantur liberis ex illo matrimonio procreatis, ita ut parens superstes liberam dispositionem de illis amittat. Et dicendum quod satisfaciat, scilicet, dominium illorum bonorum remanet apud patrem superstitem, quamvis dominium illorum vinculatum sit, adeo ut pater ille nullo modo comparandus sit fructuario, quasi tantum usumfructum haberet, et liberi haberent proprietatem; nam certum est liberos, vivo patre, nullo modo de bonis illis, neqnidem de proprietate illorum posse disponere; item, si ante patrem moriantur, apparet bona illa vinculata non fuisse, et recte a patre fuisse alienata. Itaque dispositio *L. ult. cod. de dotis promiss.*, in qua statuitur quod pater, qui dotem promisit, eam de suis bonis constituere debeat, non potest applicari ad probandum quod pater non possit constituere dotem in bonis devolutis, nam illam constituendo in bonis devolutis, in suis propriis bonis eam constituit (Stokmans *dec.* 48, *et tract. de jure devolutionis cap.* 17).

§ XI.

An mater tenetur dotare filiam? ℟. negative; nullibi enim legitur officium matris esse filias nuptui collocare; obligatio dotandi autem est tantum sequela prioris obligationis, imo nequidem in defectum patris vel avi paterni mater tenetur.

Obj. *L.* 14 *cod. h. t.*, ubi dicitur matrem non cogi pro filia dotem dare, *nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa.* Sed illa verba *nisi magna* etc. verosimiliter isti legi fuerunt inserta per Tribonianum; scilicet in *L.* 19 § 1 *cod. de haereticis* statuerat Justinianus, ut mater haeretica cogeretur filiam orthodoxam dotare; eum autem in *L.* 14 *cod. h. t.* generaliter statutum legeret Tribonianus non teneri matrem ad dotandum, ut illam legem accommodaret *L.* 19 § 1 inseruit dicta verba, quae spectant ad easum *d. L.* 19 § 1, ita ut particula *vel* in illis verbis non importet duos casus diversos, sed tantum explicet priorem casum, et sumatur pro *sive.*

Quid hodie dicendum de hoc casu videri potest apud Stokmans *dec.* 48, et apud Voet *h. t.*

§ XII.

Si certa quantitas, vel res in promissione dotis expressa sit, ea peti potest, hoc tamen notato, quod pater, qui ex promissione dotis convenitur, non ultra condemnandus sit, quam quousque facere possit, ita ut habeat beneficium competentiae; indignum enim visum est, ut ad inopiam pater a genero suo redigeretur, nisi tamen magnam dotem pater promisisset dolo malo ad inducendum generum ut filiam suam duceret, sciens se non posse tantam quantitatem solvere, nam tunc beneficio competentiae caret (*L.* 84 *ff. h. t.*).

*

Digitized by Google

§ XIII.

Quid si quis simpliciter dotem promiserit, nulla adjecta quantitate, an valet promissio, et an ex eo conveniri potest promissor? Multi distinguunt inter patrem et extraneum promissorem, ita ut a patre factam valere dicant, non vero ab extraneo; sed verius est quod talis promissio etiam ab extraneo facta valeat, possitque conveniri promissor ut det dotem, ratione habita ad patrimonium promittentis, item ad dignitatem mariti uxorisque.

De patre ita promittente deciditur in *L.* 69 § 4 *ff. h. t.*, ubi dicit J. C. quod si pater promiserit dare dotem arbitratu suo, non demonstrata re vel quantitate, promissio valeat, imo valeat etiam, licet nulla mentio arbitrii adjecta sit: quod autem J. C. de patre tantum loquatur, ideo est, quia in patre casus ei propositus fuerat, est autem illa lex desumpta ex *libris responsorum* Papiniani; et sane si in patre ita juris sit, non est ratio quare non idem juris foret in extraneo ita promittente, extraneus enim, postquam promisit, non minus tenetur quam pater, et tota ratio cur promissio nulla foret, est ejus incertitudo; jam autem incertitodo illa non reddit nullam promissionem a patre factam; ergo nec ab extraneo factam; potest enim tam bene taxari quantitas dotis ab extraneo, quam a patre promissae; imo de extraneo promittente dotem arbitrio suo deciditur in *L.* 3 *cod. de dotis promiss.*.promissionem valere et censeri electum esse arbitrium boni viri. Idem ergo dicendum est, quando nullam mentionem arbitrii promissor adjecit, sed simpliciter promisit, cum et tunc promissio ad certitudinem possit redigi, idque fieri debere postulat favor dotium.

Nec obstat quod omnes promissiones incertae sint nullae; nam quod dicitur promissionem incertam esse nullam, verum est, si ita incerta sit, ut non possit ad certitudinem redigi, ut si quis vinum promittat vel pecuniam, nulla adjecta quantitate; sed promissio dotis ad certitudinem potest redigi, nempe taxari potest quantitas danda, juxta patrimonium promissoris, item statum et qualitatem conjugum.

Similia exempla, ubi legata sine adjecta quantitate relicta ad certitudinem rediguntur, et ea ratione valere dicuntur, sunt in *L.* 30 *ff. de leg.* 2, et *L.* 14 *ff. de ann. leg.*

Maxime tamen obstat *L.* 1 *cod. de dotis promiss.*, ubi marito rescribitur, quod actio ei non competat ex eo, quod in instrumento nuptiali scriptum sit mulierem promisisse dotem, cum nec species ulla, nec quantitas sit promissa. R/. Ad hanc legem nihil aliud videtur respondendum, nisi quod ibi agatur de casu, ubi ipsa mulier dotem marito promisit, non adjecta quantitate, ita ut admittendum sit talem promissionem non valere, quae tamen promissio valet dum ab alio est facta; scilicet quando extraneus promittit, interest mulieris promissionem valere, unde favor dotium postulat ut talis promissio valeat, praecipue cum ad certitudinem possit redigi; sed dum ipsa mulier promittit, non interest ejus ut valeat promissio, econtra ejus interest ne teneatur.

§ XIV.

Possunt omnes res in dotem dari, quae sunt in commercio, etiam incorporales v. g. nomina et actiones: quod si actio marito in dotem data sit, effectus ejus erit, ut maritus agere possit actione directa sibi cessa, vel actione utili contra debitorem, adversus quem actio in dotem data competit, exemplo ejus qui actionem emit, pecuniamque, quam mediante hac actione consecutus est maritus utetur stante matrimonio, et eo soluto, eam restituet; potest etiam marito in dotem dari id, quod forte debet uxori, quo casu stante matrimonio hoc debitum ab eo non poterit exigi, et si fuerit usurarium, usurae stante matrimonio non eurrent.

Quod si res aliena in dotem detur marito bona fide accipienti, et is per tempus a lege requisitum eam usuceperit, maritus non obstante usucapione restituere debebit soluto matrimonio, nam si ab initio dominium accepisset, certe restituere teneretur; qui enim in alterum transfert conditionem usucapiendi, usucapione completa, dominium transtulisse videtur.

§ XV.

Moribus hodiernis in desuetudinem abierunt dotes, saltem eo sensu quo apud Romanos constituebantur. Scilicet de jure Romano nulla, nisi corporum commonio inter conjuges erat, ita ut quiaque bona sua et fructus sibi retineret; cum autem marito incumberet onus familiam alendi, aequum erat ut mulier ei dotem daret, ex cujus fructibus onera ista ferret: verum hodie inter virum et uxorem ubique communio bonorum est, alibi major, alibi minor; unde ex illis onera matrimonii in communi feruntur, nec sic necesse est ut mulier dotem det.

§ XVI.

Quaeritur quale jus maritus in re dotali habeat de jure Romano? Et quod attinet res aestimatas in dotem datas, non est dubium quin in illis habeat verum et perpetuum dominium, eas enim emit pro pretio quo aestimatae sunt. Quod res inaestimatas in dotem datas spectat, dicendum est quod illae in dominio mariti sint, quamvis soluto matrimonio eas debeat restituere: id probat *L.* 19 *cod. de reivind.*, ubi negatur mulieri reivindicatio pro re dotali, sic satis monstratur eam non esse dominam: sic etiam imperator (*in princ. inst. quibus alien. licet*), cum dixisset esse aliquos qui, licet domini

sint, alienare tamen non possunt, primo exemplum ponit in marito, qui alienare nequit fundum dotalem, prohibente lege Julia; sic juxta Imperatorem maritus dominus est fundi dotalis, et certe si ejus dominus non esset, lex Julia non debuisset prohibere ne fundum dotalem alienaret, nam tunc defectu dominii alienare non potuisset. Hoc etiam probat *L.* 3 *eod. h. t.*

Nec obstat quod in variis legibus dicatur uxorem esse dotis dominam, esse ejus patrimonium, esse in bonis ipsius (*L* 75 *ff.*, *L.* 30 *eod. h. t.*, *L.* 4 *ff. de collat.*); nam hoc tantum sensu ea dicuntur, quatenus maritus non habet dominium in perpetuum, sed restitutio mulieri soluto matrimonio facienda sit, quod tamen non impedit quominus maritus stante matrimonio habeat verum dominium; hinc plerumque dicitur, quod stante matrimonio mulier habeat dominium naturale dotis, maritus civile, quae expressio fundata est in *L.* 30 *cod. h. t.*

Nec obstat quod duo non possint esse domini in solidum ejusdem rei; nam hoc quidem verum est de vero dominio et dominio ejusdem generis, sed non de dominio diversi generis: sic in emphyteusi unus est dominus directus, alter utilis, imo dominium, quod uxor habet, stante matrimonio proprie non est dominium, ut adeo non sint duo domini in solidum. Vi hujus dominii maritus habet plenam administrationem rerum dotalium, item etiam alienare eas potest, si mobiles sint, nam immobiles per legem Juliam alienare prohibetur: praeterea omnes fructus ex re dotali provenientes percipit: quoad ea, quae in fructu non sunt, ut partus ancillarum, alluvio, thesaurus repertus etc., illa quidem percipit maritus, eisque uti potest stante matrimonio, sed eo soluto, una cum rebus dotalibus restituere debet.

§ XVII.

Sicuti uxor dotem dabat marito, ita et maritus uxori faciebat donationem propter nuptias, quae donatio tempore posteriorum imperatorum fuit inventa. Ante Justinianum ea tantum fieri poterat ante nuptias, ne per eam fraus fieret legibus, (quae donationem inter virum et uxorem prohibent, unde de donatio ante nuptias vocabatur: ipse vero constituit, ut post nuptias etiam fieri, et ante facta augeri possit, ita tamen ut tunc excedere non posset quantitatem in dotem datam, eamque vocari jussit donationem propter nuptias (§ 3 *inst. de donat.*, *L ult. eod. de donat. ante nupt.*). Rerum autem sic donatarum mulier dominium acquirit, suntque apud eam in securitatem dotis: caeterum fructus earum rerum ad maritum spectant, cum unice in securitatem uxori dentur, et alias contingeret ut maritus nullam utilitatem eum dote haberet, quoniam donatio ob nuptias ordinarie aequivalet ipsi doti. Cum autem hodie in desuetudinem abierint dotes romanae, etiam illae donationes, cessat enim ratio quare fierent.

§ XVIII.

Ab illis diversae sunt donationes sponsalitiae, quae tam a sponsa, quam a sponso fiunt, erantque hac tempore jurisconsultorum etiam cognitae (*L.* 1 § 1 *ff. de donat.*). Illae vel pure fiunt, ita ut numquam revocentur, vel sub conditione non quidem suspensiva *si nuptiae sequantur*, nam tunc conferrentur in tempus prohibitam, sed sub conditione reservativa, ut *si nuptiae non sequantur, res donata redeat ad donantem*. Caeterum de hac donatione generaliter constituit Constantinus in *L.* 15 *cod. de donat. ante nupt.* ut, si steterit per donantem ejusve parentes quominus sequantur nuptiae, donatio repeti non possit, econtra possit tota repeti, si per donatorem ejusve parentes non stet: quod si alteruter ante nuptias moriatur, siquidem sponsus donavit, statuit Constantinus in *L.* 16 *cod.*, ut possit pro medietate donatio repeti, si osculum intervenerit, quod si non intervenerit, tunc in totum revocari possit; casu vero quo sponsa donavit, alterutro moriente, vult ut tota repeti possit sine distinctione, an osculum intervenerit, necne.

§ XIX.

Quod attinet bona paraphernalia, ea dicuntur, quae mulier extra causam dotis habet, eorumque administratio plerumque est apud maritum, ita tamen ut mulieri rationes reddat, imo mulier potest eum prohibere ab administratione (*L.* 8 *cod. de pact. convent. tam super dot. etc.*), quo casu illa bona vocantur ab interpretibus *receptitia*, quamvis tamen apud veteres paraphernalia a receptitiis non distinguantur.

TITULUS IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

Pacta dotalia, alia sunt proprie dotalia, quae nempe circa ipsam dotem fiunt, alia improprie dotalia, quae non concernunt dotem, haecque vocantur *antenuptialia*; quae tamen in ipsa dotis constitutione fieri solent, etiam dotalia dicuntur.

Pacta dotalia. *alia ad voluntatem spectant*, *alia ad jus*, ut J. C. ait in *L.* 12 § 1 *ff. h. t.* Priora pro objecto habent aliquid, circa quod leges non disponunt, idque voluntati paciscentium relinquitur, v. g. si conveniat ut mulier ex dote promissa se ipsam alat etc. Posteriora versantur circa aliquid, quod in jure statutum est, v. g. quandonam dos reddenda sit, et in his non semper servatur voluntas contrahentium. Scilicet quaedam

pacta sunt licita, quaedam illicita; posterioris generis sunt omnia, quae reddunt mulierem indotatam, vel minus dotatam, aut dotis causam reddunt deteriorem, quaeve naturam ejus evertunt.

Sic imprimis non valet pactum ut, si matrimonium superstite conjuge solvatur, maritus dotem lucretur, licet valeat pactum ut, si per mortem uxoris solvatur matrimonium, dos apud maritum maneat. Ratio est, quod plurimum interesse creditum sit mulieres suas dotes salvas habere, ut sic soluto priore matrimonio aliud contrahere possint, quae ratio efficit ut non valeat pactum quo dos, viva uxore matrimonio soluto, apud maritum maneat; haec autem ratio cessat casu, quo maritus uxore in matrimonio mortua dotem lucratur. Inde etiam est, quod si generaliter conveniatur, ut dos soluto matrimonio apud maritum maneat, conventio illa tantum sit habitura effectum casu, quo morte uxoris matrimonium solvatur (*L.* 2 *ff. h. t.*, *L.* 1 § 1 *ff. de dote praeleg.*), vel casu quo divortium sit factum culpa uxoris (*d. L.* 1 § 1): idem dicendum de pacto, quo convenit ut maritus soluto matrimonio partem dotis retineat (*L.* 3 *cod. de pact. convent.*).

Iisdem rationibus non valet pactum, ut maritus de dolo tantum, non de culpa teneatur in re dotali admissa (*L.* 6 *ff h. t.*): quod si conveniat ut maritus soluto matrimonio dotem restituat alio tempore, quam quo leges restituere volunt, siquidem conveniat ut citius restituat, valebit pactum, quoniam tunc conditio mulieris fit melior; non valebit vero, si conveniat ut tardius debeat restitui (*L.* 14 § 5, *L.* 16 et 17 *ff. h. t.*).

Non valet etiam pactum, ut fructus dotis marito non cedant, sed uxori, nam per hoc natura dotis destruitur, et dos redditur viro inutilis, nisi simul convenisset, ut mulier ex fructibus se suosque aleret (*L.* 4 *ff h. t.*): item non valet pactum, ne maritus agat ob impensas necessarias in dotem factas (*L.* 5 § 2 *ff. h. t.*): item, ne maritus ad restitutionem dotis conventus habeat jus competentiae, utpote quod est contra reverentiam marito debitam (*L.* 14 § 1 *ff. soluto matrim.*).

Pacta dotalia, vel ab ipsis contrahentibus, vel ab eo qui dotem dat ineuntur. Et quidem is, qui dotem dat, potest in ipsa dotis datione seu in continenti pacisci, ut dos soluto matrimonio non uxori, pro qua dat, sed sibi restituatur; imo potest etiam adhibere extraneum, qui dotem sibi reddi stipuletur, idque etiam invita puella, est enim cuique liberum rei suae eam legem dicere, quam vult. Ex intervallo id pacisci nequit sine consensu puellae, nec permitti debet, ut donans sibi eam reddi stipuletur; scilicet ubi dos jam constituta erat, jus quaesitum erat puellae, ut sibi reddi deberet soluto matrimonio, quod jus sine ejus consensu adimi non potest (*L.* 20 § 1 *ff. h. t.*). Idem est de patre in dote profectitia, qui ipsa dotis constitutione, imo etiam ante nuptias contractas pacisci potest de restitutione dotis sine consensu filiae; nam tunc adhuc in ejus potestate est an debitor sit, cum ab eo dependeat nuptias contrahendas impedire, in supposito scilicet quod filia in ejus potestate sit. Sed ubi nuptiae contractae sunt, de restitutione dotis pacisci nequit sine consensu filiae, scilicet tunc jus filiae quaesitum est, ut dos sibi et patri simul reddatur, ut sub *tit. soluto matrim.* dicetur; quod jus ab ea auferri non potest sine ejus consensu (*L.* 7 *ff. h. t.*, *L.* 28 *ff. de jure dot.*, *L.* 29 *ff. soluto matrim.*). Quaeritur, quando pater vel alius, qui dotem dat, in continenti pactus est, ut alteri dos restituatur, an isti tertio ex illa conventione aliqua actio competat? Et quidem si tertius ille stipulatus sit dotem sibi reddi, non est dubium quin actionem habeat, non enim tunc ex conventione alterius, sed ex propria actionem acquirit. Sed de casu, quo dans dotem alteri paciscitur, quaeritur; et dicendum ei actionem non acquiri, ob regulam juris Romani, quod alteri per alterum non acquiratur (*L.* 38 § 17 *ff. de verb. oblig.*); a qua regula plerique interpretes exceptionem ponunt de casu, quo dotem dans pactus est eam reddi personae alienae sibi conjunctae; sed id non videtur admittendum, scilicet, generalis regula est ex conventione alterius alteri actionem non quaeri, ne utilem quidem, nisi illis casibus, in quibus leges nominatim ex speciali aequitate actionem concedunt; jam autem non ostenditur, quod leges in hoc casu actionem utilem dent ei, in cujus favorem pactum initum est, imo leges eam evidenter negant: sic in *L.* 26 *cod. de jure dot.* rescribitur, quod si pater dotem dans pro filia stipulatus sit, ut ea redderetur filio suo emancipato, filius non habeat actionem *prohibente jure*. Per hoc autem rescriptum non tantum negatur actio directa, sed etiam utilis; erant enim interrogati Imperatores, an aliqua actio competeret isti filio: absurdum autem esset, si Imperatores rescribentes nullam actionem ei competere, intelligerent hoc tantum de actione directa, parum enim intererat istius filii, an directam, an utilem actionem haberet; itaque, dum negant Imperatores actionem ei competere, etiam de utili hoc intelligunt: idem probatur ex *L.* 4 *cod. de pactis conv. tam supra dot.* Haec tamen exceptionem patiuntur, si quis stipularetur dotem reddi ei, quem in potestate habet; nam illis, qui in potestate sunt, per conventionem consulere possumus, quia unam eamdemque personam nobiscum facere videntur.

Obj. *L.* 45 *ff. soluto matr.*, ubi avus maternus dotem dans pro nepte ex filia stipulatus erat ut, casu quo matrimonium solveretur sine culpa neptis suae, dos sibi, vel nepti restitueretur: ait J. C. videri quidem inutiliter stipulationem conceptam esse, sed tamen ne commodo dotis defrau-

detur, nepti, avo mortuo, dandam esse utilem actionem ex illa stipulatione; favore enim nuptiarum, ait J. C., et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est. Sed ℟. quod hoc in illo casu specialiter receptum sit, scilicet, avus ibi stipulatus erat ut ipsi nepti, pro qua dotem dabat, dos redderetur, et ita erat stipulatus ei, ad quem dos ex natura sua redire debebat; unde in hoc casu facilius receptum est, ut mulieri ex illa conventione actio utilis daretur, quam in casu quo quis stipulatus est eam reddi alteri, quam ei pro quo dotem dat. Sic etiam in *L.* 7 *eod. de pactis conv. tam super etc.* uti pater dotem dans pactus erat ut, si filia in matrimonio moreretur, dos nepotibus ex ea redderetur, ex illa conventione avi actio utilis nepotibus datur: scilicet, iterum ideo, quia ex natura sua dos ad uxorem, vel, ea mortua, ad ejus liberos redit, sicque ex illis legibus constat: quod si aliquis paciscatur dotem reddi ei, ad quem equidem dos ex natura sua reverti debuisset, detur ex tali pacto actio ei, in cujus favorem fuit initum.

TITULUS V.

DE FUNDO DOTALI.

Quoniam maritus, soluto matrimonio, rem dotalem tenetur uxori restituere, in favorem mulierum lata fuit lex Julia, quae vocatur *de fundo dotali*, qua cautum fuit, ne maritus fundum dotalem Italici soli alienare posset, ita ut alienatio nulla sit, sive sit praedium urbanum, sive rusticum (*L.* 13 *ff. h. t.*). Permittebat tamen illa lex alienationem, quando mulier in eam consentiebat, excepta pignoris vel hypothecae datione, quam nequidem cum consensu uxoris facere permittebat, quoniam scilicet mulieres facile consentiunt in hypothecae dationem, nempe in illa periculum est remotum, et sperant maritum initurum hypothecam, ubi in alienationibus res de praesenti exeunt de dominio, et adeo non tam facile in alienationem consentiunt. Justinianus autem, ut tanto magis mulieribus consuleret, omnem alienationem etiam cum consensu uxoris factam prohibuit, et quod lex Julia tantum de Italicis fundis statuerat, ad omnes res immobiles in dotem datas ubicumque sitas extendit (*princ. inst. quib. alien. etc.*). Caeterum prohibitio non spectat ad res mobiles in dotem datas, nempe in illarum alienatione non tantum praejudicium uxoris vertitur: praeterea non spectat ad res aestimatas immobiles in dotem datas, nam illarum dominium plenum naneiscitur maritus, ita ut non ipsas res, sed aestimationem earum debeat restituere, ut adeo non esset ratio illarum alienationem prohibendi. Quod si marito fundus datus sit, ut, vel ipsum fundum, vel summam pro qua aestimatus est, reddat, siquidem electio sit mariti, poterit fundum alienare. Aliud erit, si electio ad uxorem spectet, quia hoc casu pendet a voluntate uxoris, an fundus pro dotali sit habendus (*L.* 11 *ff. h. t.*). Caeterum in dubio electio ad maritum pertinet, regula enim est, quod in alternativis electio sit debitoris, nisi creditor eam sibi reservaverit.

Quamvis autem verbum *alienare* proprie importet dominium transferre, hic tamen per alienationem intelligitur omnis translatio juris realis; itaque nec servitutem fundo dotali imponere potest maritus, nec remittere servitutem ei debitam (*L.* 5 *ff. h. t.*).

Verum quaeritur, an possit usucapi fundus dotalis? Non potest quidem usucapio incipere stante matrimonio: sic v. g. si uxor fundum in dotem det, et maritus eum vendat, licet emptor per longum tempus bona fide eum possederit, non perficietur usucapio, sed potest compleri usucapio coepta antequam fundus esset dotalis: sic si uxor in dotem det fundum, quem alter incoeperat usucapere, perget usucapio, licet dotalis fuerit factus, quo casu tamen maritus tenebitur interpellare possessorem, ut usucapionem interrumpat; quod si non fecerit, eo nomine tenebitur, nisi paucissimi dies superfuerint ad complendam usucapionem, quia tunc marito nihil imputari potest (*L.* 16 *ff. h. t.*).

Sciendum etiam est prohiberi tantum voluntarias alienationes, non vero necessarias; hinc si uxor fundum pro indiviso communem habens cum alio partem suam in dotem dederit, non poterit quidem socius a marito provocari judicio communi dividundo, cum in eo contingat alienatio, sed a socio maritus provocari poterit, quia tunc invitus hoc judicium suscipiet, adeoque alienatio necessaria erit (*L.* 2 *cod. h. t.*): quod si in illo judicio totus fundus fuerit socio adjudicatus, qui certam summam marito praestare jussus sit, haec summa apud maritum titulo dotis erit, eamque soluto matrimonio restituere debebit: quod si fundus inter socium et maritum regionibus divisus sit, tunc partem pro diviso loco partis indivisae jure dotis habebit maritus, quam similiter soluto matrimonio restituere tenebitur, cum nec tune alienare possit (*L.* 78 § 4 *ff. de jure dotium*). Si autem totus fundus fuerit marito adjudicatus, et condemnatus ad certam summam socio praestandam, poterit mulier, refusa illa summa, maritum cogere ut totum reddat fundum; cui non obstat, quod partem alteram non ab uxore, sed ex sententia potius acquisivisse maritus videatur, quia, licet haec ita esse videantur, attamen maritus alteram illam partem acquisivit beneficio partis in dotem sibi datae, adeoque pro restitutione eodem jure haberi debet: caeterum, cum revera pars illa dotalis non sit, in ea cessabit lex Julia (*L.* 7 § 4 *ff. h. t.*). Poterit quoque maritus cogere uxorem ut, restituta summa, totum recipiat fundum.

Probibitio legis Juliae certis casibus limitabatur, ut si fundus consentiente uxore fuerit alienatus, eaque elapso biennio consensum repetierit; item illis casibus, ubi dos apud maritum soluto matrimonio remanet. Porro, cum dotes romanae moribus exoleverint, adeoque et lex Julia, his non diutius immorabimur.

LIBER VIGESIMUS QUARTUS

—

TITULUS I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

§ I. Quare donationes inter virum et uxorem prohibitae sint.
§ II. Quid si sponsus sponsae donaturus rem Titio tradat, ut post matrimonium eam Titius uxoris faciat.
§ III. Quid de donatione mortis causa.
§ IV. Quid de donatione facta inter putativos conjuges.
§ V. Hae donationes prohibitae quoque sunt inter eos, quos conjuges habent in potestate, vel in quorum potestate sunt.
§ VI. Donationes inter conjuges non prohibentur, vel quando donans non fit pauperior.
§ VII. Vel quando accipiens non fit ditior.
§ VIII. Quid si quis rem mariti ignorantis donet uxori.
§ IX. Quid de venditione inter conjuges facta donationis causa.
§ X. De effectu probibitionis harum donationum.
§ XI. Quomodo donans has donationes revocare possit.
§ XII. Quid si maritus uxori det, ut sibi aliquid emat, vel solvat quod jam inde emerat.
§ XIII. Quid de usuris et fructibus rei donatae.
§ XIV. De confirmatione donationum.
§ XV. De effectu confirmationis.
§ XVI. Quandonam confirmatio cessat.

§ I.

Sub hoc titulo tractatur de prohibitione donationum inter virum et uxorem. Scilicet moribus Romanorum invaluit ne valerent ob rationes, quae referuntur in *L.* 1, 2, 3 *ff. h. t.*, ne scilicet amor conjugalis venalis fiat, ne mutuo amore se spolient, ne qui donare non vult vel non potest repudietur.

Imprimis notandum quod haec prohibitio spectet tantum tempus, quo stat matrimonium; hinc non est prohibita donatio inter sponsum et sponsam, licet forte traditio tantum post nuptias subsequatur, nisi appareat in fraudem legis hoc fieri.

§ II.

Quid si sponsus rem sponsae donaturus Titio tradat, ut is eam sponsae faciat, Titius autem post matrimonium demum contractum eam tradat? Distinguendum, an sponsus interposuerit Titium, seu ei mandaverit ut traderet, an vero sponsa ei mandaverit, ut pro se acciperet: posteriori casu valet donatio, non priori (*L.* 5 *ff. h. t.*). Disparitas est, quod quando sponsus interposuit Titium, isque tantum post matrimonium tradidit, sponsa ante matrimonium non acceptaverit donationem, adeoque donatio non fuit perfecta ante matrimonium, sed tantum postea; ubi autem sponsa Titium interposuit, hoc ipso acceptavit donationem a sponso sibi faciendam, adeoque ante matrimonium donatio perfecta est.

§ III.

Eadem ratione, qua valet donatio inter sponsum et sponsam, valet etiam postquam matrimonium per divortium fuit solutum, nam nec tunc inter virum et uxorem facta dici potest (*L.* 64 *ff. h. t.*). Sed quid de donatione mortis causa? Illa valet (*L.* 9 § *ult.*, *et L.* 10 *ff. h. t*); ratio est, quod illa perfecta non sit, nisi post mortem donantis, ejusque effectus confertur in tempus quo matrimonium erit solutum: quod si ita fiat mortis causa donatio, ut donans eam nunquam revocare possit, quamvis verior sit sententia manere mortis causa donationem, in supposito scilicet quod ad donandum donans fuerit motus mortis cogitatione, haec tamen donatio inter virum et uxorem non valebit (*L.* 27 *ff. de mortis causa donat.*), quoniam jam non confertur in tempus quo matrimonium erit solutum, sed statim perfecta est, adeoque vere fit constante matrimonio.

§ IV.

Quid de putativis conjugibus, seu de illis qui de facto quidem, sed non de jure sunt conjuncti? Illi non possunt dici comprehendi hac prohibitione, quoniam ad virum et uxorem tantum spectat prohibitio, illi autem non sunt vir et uxor. Caeterum, ut leges de hoc casu loquentes concilientur, distinguendum, ut, siquidem directo contra prohibitionem legum contraxerint, non valeat donatio, ne tales melioris conditionis sint quam veri conjuges, imo res donatae ab eis auferentur tamquam ab indignis, et fisco addicentur (*L.* 3 § 3, *et* 32 § *ult. ff. h t.*). Quod si ob impedimentum aliquod facti matrimonium nullum sit, quod contrahentibus ignorare licet, v. g. si quis immaturam duxerit, tunc jure quidem sibi invicem donare possunt, cum vir et uxor vere non sint, sed valor donationis pendebit ab eo, an sufficiens in donante voluntas adfuerit; itaque, si ante nuptias cum immatura initas sponsalia nulla fuerint inita, et maritus ei tamquam uxori suae donet, non valebit donatio, quoniam uxor non est, et sic non adest voluntas in marito; si vero antea sponsalia valida cum ea contraxerit, aderit sufficiens volun-

tas, quamvis enim uxor non sit, est tamen sponsa, et tamquam sponsae videbitur facta donatio (*L.* 32 § *ult. ff. h. t.*).

§ V.

Ultra conjuges prohibitio extendit se etiam ad illas personas, quae, si donarent, a conjugibus facta videretur donatio: sic non valet donatio inter eas personas, in quarum eorum sunt potestate (*L.* 4 *cod. h. t.*, *L.* 3 § 6 *ff. h. t.*); itaque uxor filio suo, qui in potestate mariti sui est, donare nequit, nisi ex causa castrensis peculii, quoniam hoc patri non acquiritur (*L.* 3 § 4 *ff. h. t.*).

§ VI.

Nunc videndum quaenam donationes inter virum et uxorem sint prohibitae. Constat autem eas solas prohiberi, ex quibus donans fit pauperior, et accipiens locupletior, ita ut si alterutrum desit, donatio valeat (*L.* 5 § 16 *ff. h. t.*). Hinc in *L.* 25 *ff. h. t.* deciditur, quod si maritus uxori rem alienam donet, haec donatio valeat, quoniam maritus non fit pauperior, cum nihil de bonis suis eroget; itaque donatio quidem haec dominium non transferet, cum res aliena sit, sed praebebit mulieri titulum ad usucapiendum. Hinc etiam, si maritus ab aliquo sit heres institutus, eique uxor ejus substituta sit, vel defuncto sit proxima ab intestato, maritus autem repudiet illam hereditatem, ut ad uxorem perveniat, valebit donatio; nondum enim illa hereditas in bonis mariti erat, sicque pauperior non fit, non acquirit quidem, sed etiam non amittit (*L.* 5 § 13 *ff. h. t.*). Simili modo, si mulier sit heres instituta, marito autem legatum relictum sit, potest maritus donationis causa legatum repudiare, iterum enim non alienat, nec fit pauperior (*L.* 5 § 14).

Nec obstat quod dominium rei legatae ipso jure in legatarium transeat, adeoque quod maritus jam inde dominus fuerit rei legatae, et sic repudiando rem propriam alienet; nam quod dicitur dominium rei legatae ipso jure in legatarium transire, ita verum est, nisi postea repudiet legatarius, ita ut si repudiaverit, appareat ex postfacto quod dominium nunquam acquisiverit (*L.* 86 § 2 *ff. de leg.* 1). A fortiori potest maritus eum, qui ipsum heredem instituere volebat, vel legatum sibi relinquere, rogare ut uxorem potius heredem instituat, sive legatum relinquat (*L.* 3 § 7 *ff. h. t.*).

Obstare tamen videtur *L.* 3 § *ult. ff. h. t.*, ubi dicitur quod si qui eum, mihi donaturus erat, jussero dare uxori meae, haec donatio nulla sit. Sed ℟. quod illa lex loquatur de casu, ubi jam donatum mihi fuerat, seu donationem jam acceptaveram, ita ut per verba *donaturum mihi* intelligat traditurum id, quod jam inde donatum erat; quo caso, si jubeam tradere uxori meae animo ipsi donandi, revera pauperior fio; jam enim quaesiveram jus ex donatione, quod jus alieno, et in uxorem transfero, videturque per traditionem brevis manus, quod donans rem donatam in me transferat, et deinde ego in uxorem meam.

§ VII.

Diximus etiam valere donationem, si donatarius locupletior non fiat: exemplum est, si maritus uxori locum donet, ut mortuum aliquem v. g. patrem, aut alium sepeliat, scilicet locus ille non transit in patrimonium uxoris, sed per illationem mortui fit religiosus, et commercio eximitur (*L.* 5 § 8 *et* 9 *ff. h. t.*): est quidem verum, quod mulier forte illum locum emere debuisset, nisi ipsi donatus fuisset, adeoque quod jam retinuerit illam pecuniam; sed hoc non probat quod revera locupletior sit facta, tantum ex illo sequitur quod illam pecuniam non amiserit. Aliud esset in plerisque aliis casibus, nam regulariter is censetur locupletior factus, qui de suo non expendit, quod alioquin expendere debuisset; sic v. g. si quis mutuam pecuniam det pupillo sine totoris auctoritate, pupillus tenetur quatenus locupletior est factus; quod si pupillus ex pecunia mutuo data rem sibi necessariam emerit, quam ex suis nummis equidem emere debuisset, licet ista res perierit, tenebitur tamen, quatenus de suo non expenderit, quod alias expendere debuisset. Sed inter virum et uxorem non tam rigide interpretanda est prohibitio donationis (*L.* 28 § 2 *ff. h. t.*), et adeo dum leges dicunt, eam donationem prohibitam esse, ex qua donatarius fit locupletior, hoc intelligendum est de vera et proprie dicta locupletatione. Alia exempla, in quibus donatio valet, propterea quod donatarius non fiat locupletior, habes in *L.* 7 § 9, *L.* 5 § 17 *et L.* 24 *ff. h. t.*

Quid si maritus aliquam summam uxori debeat in diem, an ante diem solvere potest? ℟. affirmative (*L.* 31 § 6 *ff. h. t.*); quod enim in diem certum debetur, hic et nunc vere debetur, cum talis dies non suspendat obligationem, sed tantum afficiat solutionem, imo, maritus illo casu proprie loquendo non fit pauperior, licet uxor ditior fiat; quamvis enim mediante illa pecunia lucrum ante illum diem facere potuisset maritus, id tamen lucrum non ex pecunia, sed ex industria sua provenisset.

Quid si maritus heres institutus sit, et rogatus hereditatem restituere uxori suae, cumque posset quartam ex hereditate deducere, donationis causa non deducat, sed totum restituat? Nec hoc prohibitum est (*L.* 5 § 15 *ff. h. t.*), quia non tam donat, quam implet voluntatem defuncti; erat enim rogatus totam restituere hereditatem, et quod quartam deducere posset, id praeter voluntatem defun-

eti erat; imo addit J. C. quod, licet defunctus ipsum rogasset restituere hereditatem uxori, deducta certa quantitate, ipso autem restituat sine deductione, et hoc valeat, id enim faciendo adhue dici potest implere voluntatem defuncti potius, quam donare; scilicet, quod defunctus ei permiserit deducere certam quantitatem, id ideo tantum permisit, ut ipsum invitaret ad adeundam hereditatem, praecipue cum sciret quod equidem aliquid quartae nomine posset deducere, sicque, non obstante ista permissione, dici potest quod defuncti voluntati conformius sit, ut totam hereditatem restituat.

§ VIII.

Quid si quis rem mariti ignorantis donet uxori bona fide accipienti? Uxor usucapiet, habet enim titulum validum, cum haec donatio non a marito, sed ab alio fuerit facta; imo licet maritus, antequam res illa usucaperetur, id nesciverit, et eum vindicare posset, non vindicaverit, adhuc mulier usucapiet, nec hoc incidet in prohibitam donationem: scilicet donatio ab alio, quam a marito facta, et traditio exinde secuta dat causam huic acquisitioni, et quamvis vir omittat vindicare, haec omissio non facit ut mulier acquirat, sed tantum non impedit ne usucapio currere pergat.

§ IX.

Quid de venditione inter conjuges facta donationis causa? Non est dubium quin omnes contractus valeant inter conjuges, excepta donatione, et exceptis illis contractibus qui in fraudem prohibitionis fiunt; itaque si revera donare intenderint, et venditionem tantum simulaverint minus pretium statuendo, non valet id quod egerunt: quod si revera vendere intenderint, sed cum venderent donationis causa minus pretium statuerint, venditio valebit, sed id quod res pluris valet emptor supplere cogetur (*L.* 5 § 5 *ff. h. t.*), ita tamen ut non nimis rigida interpretatio fiat, potest enim viliori pretio etiam donationis causa inter conjuges vendi, modo non nimis magna disproportio sit inter mercem et pretium.

§ X.

Nunc de effectu prohibitionis. Et quidem ita nulla est donatio, ut dominium rei donatae non transeat in donatarium, sed donantis maneat, ita ut donans eam vindicare possit (*L.* 3 § 10 et 11 *ff. h. t.*): sic etiam si vir uxori stipulanti donationis causa promittat, nulla est stipulatio, nec actio ex ea datur, nec fidejussor pro illa obligatione datus tenetur: item si debitum uxoris vir expromiserit creditori ipsius donationis causa, non liberatur mulier (*L.* 5 § 4 *ff. h. t.*), et si vir uxori acceptoferit id, quod uxor ei debet, nulla est acceptilatio, manetque uxor obligata (*L.* 3 § 10 *ff. h. t.*). Hinc in *L.* 5 § 2 *ff. h. t.* hic casus proponitur: maritus habebat duos correos debendi, uxorem suam et Titium, debitum acceptofert uxori donationis causa: ait J. C. quod nec uxor, nec Titius liberatus sit; scilicet, quamvis per acceptilationem uni correo factam alter liberetur, cum tamen hic acceptilatio uxori facta nulla fuerit, non potuit Titius liberari, quoniam, cum ei acceptolatum non sit, non potest liberari, nisi in consequentiam acceptilationis factae uxori, quae, cum nulla fuerit, non potest operari liberationem Titii. Sed quid si Titio acceptoferat maritus? Jam liberabitur Titius, nulla enim ratio est, quae maritum prohibeat Titio donationis causa acceptoferre, sed mulier manebit obligata, nempe lex impedit ne illa acceptilatione mulier liberetur, quoniam donationem inter virum et uxorem continet.

§ XI.

Quod attinet remedia, quae donans habet pro rebus quas donavit, jam diximus, quod habeat reivindicationem, cum manserit dominus rei donatae: quod si consumptae sint res donatae, potest agere condictione sine causa ad id, quo donatarius factus est locupletior (*L.* 5 § *ult.*, *et L.* 6 *ff. h. t.*): ad videndum autem in quantum locupletior factus est donatarius, inspiciendum est tempus litis contestatae (*L.* 7 *ff. h. t.*); itaque si pecuniam donatam dissipaverit donatarius, ita ut locupletior factus non sit, nihil condici poterit (*L.* 7 § 3, *et L.* 28 § 3 *ff. h. t.*).

§ XII.

Quaenam est differentia, utrum maritus det centum uxori ut aliquam rem emat, an vero, eum jam inde mulier emisset, det centum ut solvat? Priori casu, tantum poterit condici, quantum valet res ab uxore empta tempore, quo maritus litem cum ea contestatur, quia mulier non nisi in quantum res valet ditior facta est. Secundo autem casu, maritus integra centum condicere poterit, licet nihil amplius ex re empta extaret, quia tunc semper verum est dicere mulierem ad illa centum locupletatam fuisse; cum enim omisset antequam maritus donaret, obligaverat se ad centum, et ab illa obligatione maritus eam liberavit (*L.* 7 § 7, *L.* 50 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*).

§ XIII.

Quod attinet usuras et fructus, imprimis, si pecunia condicatur, nunquam ad usuras fiet condemnatio, licet usuras percepisset donatarius, quia illas percepit ex industria sua, non vero ex pecunia

(*L.* 15 § 1 *ff. h. t.*): quod attinet fructus rei donatae, industriales donatarius suos facit, utpote ex industria et opera sua quaesitos, nec donans ratione eorum proprie loquendo pauperior fit, quatenus illi nonnisi dependenter ab ejus opera nati essent; naturales, suos non facit donatarius, sed donanti restituendi sunt, quia ratione eorum pauperior factus est, si enim rem non donasset, illos habuisset sine cultura et cura (*L.* 45 *ff. de usuris*).

§ XIV.

Eadem oratione divi Severi, sicuti Senatus-consulto eam subsecuto, quo donationes inter virum et uxorem prohibentur, etiam cautum est, ut donatio ab initio nulla per mortem donantis confirmetur, si donans praemoriatur donatario stante matrimonio, nec appareat voluntatem suam mutasse; itaque competit quidem donanti actio ad repetendam donationem, sed nulla competit heredi ejus, si donans sit mortuus in eadem voluntate ante donatarium (*L.* 32 *princ. et* § 2 *ff. h. t.*); haecque confirmatio non tantum ad donationes inter conjuges, sed et etiam ad donationes inter alios, qui eadem prohibitione continentur, spectat (*L.* 3 § 2 16 *et* 20 *ff. h. t.*)

Hic quaeritur, an oratio divi Severi pertineat etiam ad illas donationes, quas nondum subsecuta est traditio? Et verius videtur eas non confirmari, idque Ulpianus decidit in *L.* 23 *ff. h. t.* dicens *ita recte putasse Papinianum:* probatur etiam ex verbis orationis, quae habentur in *L.* 32 § 2 *ff. h. t.*, ait enim Severus durum esse, ut heres eripiat quod a defuncto donatum est, forsitan adversus supremam voluntatem defuncti: verbum *eripere* supponit jam inde rem traditam esse, heres enim, qui recusat implere promissionem donationis a defuncto factam, proprie eripere non dicitur, et certe major ratio fuit confirmandi donationes, quas traditio subsecuta est, quam alias; scilicet, dum donans tradidit, tunc ex eo quod in vita non revocaverit, recte colligitur quod rem apud donatarium remanere voluerit; sed dum promisit tantum et non tradidit, nihil est ex quo colligatur eum in eadem voluntate permansisse usque ad mortem, quin contra ex eo, quod promissionem in vita sua non impleverit, conjectura capi potest quod voluntatem non impleverit.

Obj. *L.* 32 § 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod oratio ad omnes donationes inter virum et uxorem factas spectet. R/. quod hoc intelligendum sit de omnibus donationibus vero et proprie dictis, quae plene perfectae sunt, seu quas traditio subsecuta est; item omnibus illis, in quibus traditio non potest intervenire, ut acceptilatio donationis causa etc.; idem responde ad § 23 *ejusd. L.*, ubi dicitur *universas donationes etc.*, alias Ulpianus, qui est auctor hujus legis, contradiceret sibi in *d. L.* 32.

Instant et dicunt, Ulpianum in *d. L.* 32 § 1 dixisse ita confirmari donationes, *ut obligatio sit civilis:* illa autem verba, dicunt, non possunt intelligi de casu, ubi res donata tradita est, nam tunc non superest amplius obligatio, quae civilis seu efficax fieri possit. R/. Per illa verba Ulpianus non vult dicere heredem donantis esse civiliter obligatum, sed vult quod si v. g. maritus donationis causa actionem aliquam, quam habebat contra aliquem, uxori suae cesserit, licet haec cessio ab initio nulla fuerit, tamen per orationem confirmetur, et per confirmationem acquiratur mulieri civilis obligatio, seu actio efficax contra debitorem.

Obj. *L.* 33 § 1 *ff h. t.*, ubi idem Ulpianus ait, quod si vir uxori annuum promiserit, haec donatio morte viri confirmetur; ibi tamen est donatio, quam traditio subsecuta non est. R/. Quando dicimus traditionem debere subsecutam esse, hoc intelligimus de illis casibus, quibus traditio fieri potest, tunc enim ex eo quod facta non fuerit, colligi potest voluntatem donantis esse mutatam. Aliud est, dum talis est donatio, quam traditio non potest subsequi, ut in lege objecta; in promissione annua enim traditio pro annis futuris interponi non poterat, nam haec est natura annui, ut singulis tantum annis solvatur; unde, licet maritus non solverit annuum pro illis annis, qui mortem ejus subsequentur, confirmabitur tamen donatio pro illis annis.

§ XV.

Effectus confirmationis est, ut donationes retrotrahantur ad tempus quo factae fuerunt, ita ut ab initio videantur valuisse, et donatarius fuisse dominus rei donatae, et licet aliqui dubitent an id obtinuerit ex oratione divi Severi, constat tamen ita obtinere post *L.* 25 *cod. h. t.*, ubi Justinianus statuit hanc retrotractionem, modo donatio non excedat legitimam summam, seu 500 aureos, nisi sit insinuata; nam per orationem confirmantur tantum illae donationes, quae ideo nullae sunt, quod factae sint inter virum et uxorem, non etiam illae, quae ex alio capite nullae sunt; poterit tamen donans similem donationem testamento suo confirmare, verum hoc casu non retrotrahetur ad initium, sed tantum valere incipiet a morte testatoris tamquam legatum. Caeterum donatio illam summam excedens confirmabitur quidem quoad dictam summam, tantum autem pro excessu vitiabitur.

§ XVI.

Ex dictis colligi potest quandonam confirmatio donationum cesset, scilicet: si ob aliam adhuc causam nullae sint; si divortium fuerit secutum; si donans revocaverit donationem, vel appareat eum mutasse voluntatem; si donatarius ante donantem

Digitized by Google

decesserit. Si autem donans et donatarius simul moriantur, v. g. eodem naufragio, ruina, incendio, ita ut non appareat quis prior diem suum obierit, adhuc confirmabitur donatio (*L.* 32 § 14 *ff. h. t.*); nempe oratio confirmat donationem, modo donatarius non sit prior mortuus; ubi autem simul perierunt, non potest dici donatarius ante donantem mortuus.

TITULUS II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

Vide edictum Imperatoris 28 septembris 1784.

TITULUS III.

SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR.

§ I.

Constat dotem marito dari, ut onera matrimonii sustineat; unde, quamdiu matrimonium stat, ea apud maritum remanet, et non nisi matrimonio soluto eam reddere debet: excipe casum, quo ad inopiam vergeret, ita ut periculum esset, ne si expectaret mulier finem matrimonii, nihil recuperare posset (*L.* 24 *ff. h. t.*). Extra hunc casum, et casibus relatis in *L.* 73 § 1, *et L. ult. ff. de jure dotium*, item *L.* 20 *ff. h. t.*, nequidem sponte maritus dotem reddere potest (*L. unic.* § 7 *cod. si dos constante matrim.*).

§ II.

Soluto autem matrimonio, jure veteri dos, quae pondere, numero, mensura constabat, annua bima trima die, seu tribus pensionibus annuis, reddi debebat (*fragm. Ulp. tit.* 6 § 8): quod si aliis constaret rebus, statim restitui debebat. Justinianus vero *in L. unic.* § 7 *cod. de rei uxor. act.* statuit, ut si consisteret in rebus immobilibus, statim, si autem in aliis rebus, intra annum restitui deberet; quod posterius etiam obtinet, si res aestimata in dotem data sit. Haec ita, nisi aliter convenerit, modo tamen longius tempus restitutioni non indulgeatur; omnia enim pacta, ut jam diximus, doti nociva improbantur (*L.* 24 *et seqq. ff. h. t.*).

§ III.

Verum sunt certi casus, ubi maritus ad restitutionem non cogitur, nempe si uxoris culpa divortium fiat; quo casu Theodosius et Valentinianus in *L.* 8 § 4 *cod. de repud.* constituerunt maritum integram dotem lucrari, et ita ampliaverunt jus vetus, hoc casu partem tantum dotis marito tribuens: lucratur quoque dotem maritus, si ita pactum sit, quod tamen pactum non aliter iniri potest, quam in casum quo stante matrimonio uxor moriatur.

§ IV.

Quaeritur cui soluto matrimonio dos restituenda sit, et hic varii casus distinguendi sunt. Scilicet, vel matrimonium solvitur morte uxoris, et tunc, vel dos est adventitia, vel profectitia. Si sit adventitia, et ille qui eam dedit stipulatus sit ut sibi restituatur, stipulatori restituenda est; si autem hoc pactum non adjecerit, jure veteri maritus eam lucrabatur, sed jure Justinianeo in *L. unic.* § 6, *et* 13 *cod. de rei uxor. act.* constitutum, ut mulieri vel heredibus ejus restitui debeat, sive ita convenerit uxor, sive non. Quod si dos sit profectitia, tunc volunt quidam, matrimonio morte filiae soluto, dotem ad patrem reverti, licet pater pactus non sit ut sibi restituatur; sed verius est distinguendum esse, utrum filia sit in potestate patris, utrum emancipata, ut priori casu ad patrem dos redeat jure patriae potestatis, posteriori casu heredibus filiae reddi debeat: probatur ex *L.* 4 *cod. h. t.*, ubi dicitur, quod dos a patre profecta ad patrem redeat, si mulier in matrimonio decesserit *filiafamilias*: item ex *L.* 2 *cod. de bonis quae lib.* ubi, cum esset sermo de dote profectitia, sic dicitur, *ut his potestatis jure ad parentes reversis*: item ex *L.* 19 *cod. de collat.*, ubi dicitur, quod nepotes ex filia avo suo succedentes debeant conferre dotem, quam mater eorum ab avo accepit, supponitur ergo dotem ad liberos tamquam heredes matris pervenisse: sic quoque in *L.* 71 *ff. de evict.* dicitur *uno casu* dotem profectitiam ad patrem reverti, si emancipata sit filia, scilicet illum casum interpretamur, si pater pactus sit dotem sibi reddi.

§ V.

Quod diximus § *praeced.* dotem ad patrem reverti, si filia in potestate decedat, indistincte verum est, sive relictis liberis, sive improlis decedat, quia lex non distinguit, quae tamen distinguere debuisset, cum casus quibus mulieres improles decedunt satis frequentes sint; et ita *L.* 6 *ff. de jure dot.* generaliter dicit succursum esse patri, ut in solatium dos ad eum redeat, ne *et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret*. Necobstat quod illa ratio etiam pro liberis militare videatur, quatenus durum est eos privare et matre et dote, quia quod specialiter respectu alicujus personae ob certas rationes constitutum est, non ad alias personas spectat, licet forte militent eaedem rationes: praeterea illa non aeque militat pro liberis sicuti pro patre, nam si matrimonium solutum fuisset viva filia, quae in potestate erat, dos non ad liberos, sed ad patrem reversa fuisset; unde non possunt dici liberi ob mortem matris dote materna privati.

Obs. *L.* 40 *ff. h. t.*, ubi pater dotem dederat, et post contractas nuptias stipulatus erat voluntate filiae, ut, si divortium fieret, dos sibi redderetur: divortium secutum erat, et dein filia mortua: ait J. C. quod pater possit dotem repetere, modo sine liberis filia mortua sit. ℟. In *d. L.* loco *voluntate filiae* legi debet *sine filiae voluntate*, ut recte Cujacius legit auctoritate Basilicorum, in quibus particula *sine* reperitur; et ita quando sine voluntate filiae pater post contractas nuptias stipulatur dotem sibi reddi, non valet stipulatio (*L.* 29 *ff. h. t.*); itaque non mirum quod patri ex illa stipulatione actio denegetur, si filia adhuc vivat, vel liberi ex ea existant; nec ibi morte mulieris solutum erat matrimonium, sed divortio.

Obs. *L.* 26 § 2 *ff. de pactis dotal.*, ubi supponitur aliquem pactum fuisse ut, si filia ejus sine liberis in matrimonio mortua fuisset, dos sibi restitueretur; ergo, inquiunt, videtur J. C. pactum requirere, ut dos revertatur ad patrem, etiam casu quo liberi non extent. ℟. quod ibi non dicatur illud pactum necessarium esse, ut dos ad patrem revertatur, sed simpliciter proponitur pactum tale factum fuisse; multa autem pacta ineuntur, quae, licet inita non essent, idem tamen jus esset. Praeterea illa lex potius pro nobis probat, nam J. C. ex pacto, quo convenit ut, filia sine liberis mortua in matrimonio, dos patri restitueretur, colligit hoc actum fuisse inter contrahentes, ne dos restitui debeat, casu quo liberi existant; insinuat ergo quod, nisi tale pactum factum esset, dos deberet restitui patri, etiam casu quo liberi existerent.

§ VI.

Quod si matrimonium solvatur viva muliere, v. g. morte viri, aut divortio absque culpa uxoris, tunc, vel dos est adventitia, quo casu, si filia sit in potestate patris, dos quidem mulieri restituenda est, sed patri ususfructus competet, prout obtinet in omnibus bonis adventitiis, ita tamen ut, si ad secunda vota convolet filia, debeat pater dotem ab usufructu liberam ei reddere; si vero filia sit juris sui, ususfructus patri non acquiretur: haec ita, nisi qui dotem dedit pactus sit eam sibi reddi. Quod si dos sit profectitia, et filia in potestate patris existat, tunc dos ad patrem unde venit revertetur; nempe bonorum profectitiorum pater dominus est, et quamvis in quibusdam legibus dicatur dotem hoc casu *patris et filiae esse*, ut in *L.* 2 § 1, *et L.* 3 *ff. h. t.*, hoc eo sensu videtur intelligendum, quod si filia ad secundas nuptias transvolet, possit iterum illam dotem petere: quod si filia, tempore quo matrimonium solvitur, sui juris sit, ipsi dos restituenda est (*L.* 2 *ff. h. t.*), imo, licet tunc temporis adhuc esset in potestate, postea tamen pater moriatur, antequam dotem repetierit (*L.* 42, *et* 66 § 2 *ff. h t.*), excepto casu *L.* 59 *ff. h. t.*, *et L.* 5 *ff. de divortiis*, ubi, non obstante eo quod matrimonium viva muliere, quae sui juris est, solvatur, dos tamen patri restitui debet; scilicet mulier ibidem fraudulenter a marito diverterat, cum forte morti proxima esset, idque eo animo ne dos ad patrem rediret, qui forte pactus erat sibi eam reddi, casu quo matrimonium morte filiae solveretur.

§ VII.

Notandum, illud quod jam diximus, patrem, item extraneum pacisci posse de dote sibi restituenda, ita intelligi debere, quod tunc tantum extranei pactum validum sit, dum in continenti, id est quando dotem dat, illud adjicit; nam si postea id paciscatur, nullius erit effectus, cum jus jam mulieri quaesitum auferri amplius non possit. Patrem autem quod attinet, is etiam postea dotem profectitiam sibi reddi valide stipulari potest, si nempe filia in ejus potestate sit, modo tamen stipuletur ante contractas nuptias, quia quamdiu nuptiae contractae non sunt, nondum jus quaesitum est filiae, quatenus pater adhuc potest impedire, ne filia nubat. Notandum quoque quod si pater vel extraneus convenerit ut, si matrimonium certo modo dissolvatur, dos sibi restituatur, et contingat matrimonium alio modo dissolvi, corrumpi stipulationem (*L.* 21 *ff. h. t.*). Nec obstat quod in substitutione vulgari unus casus expressus comprehendat alterum, nam ibi agitur de interpretanda voluntate testatoris, et in conditionibus a testatore adjectis magis attenditur voluntas, quam verba. Sed in nostro casu agitur de interpretanda voluntate duorum tam stipulantis, quam promittentis; unde, ne alterutri fiat injuria, attendere

tantum debemus ad id, quod verbis expressum est, quatenus recte dicet promissor se tantum de casu expresso cogitasse.

§ VIII.

Ad redditionem dotis conveniri potest maritus, vel ejus heredes: quod si in potestate patris sui esset, dum dos dabatur, tunc vel ipsi patri data fuit, et tunc pater ad redditionem conveniri poterit, non vero maritus, nisi in qualitate heredis patris: si vero ipsi marito filiofamilias data sit, ipse conveniri poterit, pater autem ejus non nisi usque ad vires peculii, nisi jussu ejus data fuerit, vel in rem ejus versa sit, prout obtinet in omni contractu per filiumfamilias inito (*L.* 22 § 12 *ff. h. t.*).

Ad repetendam dotem ante Justinianum dabatur patri vel uxori actio rei uxoriae, extraneo autem actio ex stipulatu: verum Justinianus in *L. unic. cod. de rei uxoriae act.* abrogavit actionem rei uxoriae, et dedit mulieri et patri ejus actionem ex stipulatu, licet nulla stipulatio facta fuerit, item, licet ea quae intervenisset fuisset invalida: praeterea, licet actio ex stipulatu sit stricti juris, hanc tamen voluit esse bonae fidei, ut adeo in illa idem veniat praestandum, quam in aliis bonae fidei actionibus.

Ut autem sciatur quid in hanc actionem veniat, varii casus sunt distinguendi; vel enim quantitas, seu res fungibiles in dotem datae sunt, et tunc tantumdem restitui debet in eadem bonitate et quantitate; unde et periculum, tamquam ad debitorem generis, ad maritum spectat (*L.* 42 *ff. de jure dotium*), fitque in casu morae condemnatio ad usuras, sicuti in contractibus bonae fidei. Quod si species in dotem datae sint, tuec vel aestimatae datae sunt, ut tunc aestimatio restituenda est, licet etiam species illae perierint: si tamen fuerint evictae, mulierem agentem maritus repellere poterit exceptione doli mali (*L.* 49 § 1 *ff. h. t.*); imo hoc casu poterit maritus agere actione de evictione, ita tamen ut quod mediante illa actione receperit, restituat soluto matrimonio: quod si aestimatio tantum facta sit taxationis causa, ut sciater nempe in quantum in posterum fuerint deterioratae, tunc ipsae species restituendae sunt. Si vero res inaestimatae in dotem datae sint, eae in specie restituendae sunt, et si perierint, maritus utpote debitor speciei liberatur; si autem deteriores factae sint, satisfaciet maritus eas prout erunt restituendo, modo utroque casu maritus culpa levi argui non possit (*L.* 25 § 2 *ff. h. t.*).

Una cum rebus dotalibus maritus restituere debet omnia, quae illis accesserunt, ut alluvio fundi dotalis, partus ancillarum, item quaecumque ob rem dotalem ad eum pervenerunt, ut hereditas, legata per servos dotales quaesita (*L.* 58 *ff. h. t.*).

§ IX.

Fructus ex re dotali percepti mariti sunt, si eos perceperit tempore, quo res vere dotalis erat: si vero eos perceperit antequam dotalis fieret, vel quando desiit esse dotalis, eos restituere debet una cum dote: quod si ponamus rem in dotem datam, postquam matrimonium jam inde aliquo tempore contractum erat, maritus non lucrabitur fructus a die matrimonii initi, sed a die quo res in dotem tradita est, quoniam ab eo tantum tempore dotalis esse incoepit (*L.* 5 *ff. h. t.*). Hinc etiam fructus ultimi anni, quo stetit matrimonium, et a marito necdum percepti, dividi debent inter maritum ejusve heredes, et uxorem vel eum ad quem dos reversa est, idque pro rata temporis quo illo anno stetit matrimonium, et in hoc differt maritus a fructuario; nam si fructuarius moriatur pendentibus fructibus, non dividuntur fructus inter ejus heredes et proprietarium pro rata temporis, quo fructuarius ultimo anno vixit, sed omnes spectant ad proprietarium. Quod si ponamus rem dotalem non singulis annis producere fructus, sed singulo tantum biennio, numerando ab ultima perceptione stante matrimonio facta, et pro rata illius temporis maritus fructus lucrabitur, et alia pars cedet uxori: idem quoque est de fructibus quos percepit, illi etiam restituendi sunt pro illa parte anni, quo matrimonium non stetit.

§ X.

L. 7 § 1 *ff. h. t.* hunc casum refert. Initum est matrimonium kalendis octobris, fuitque eo die marito fundus in dotem datus vindemia plenus, et mense octobri vindemiam percepit: kalendis novembris fundum illum locat, et matrimonium solvitur ultimo die mensis januarii: quaeritur quomodo divisio fructuum vindemiae et pensionis locationis facienda sit. Ponamus vindemiam valuisse 24 florenos, et pensionem locationis esse 12 florenorum; ex principiis § *praeced.* allatis maritus habebit 5, quod probatur hoc modo: fructus vindemiae mense octobri percepti non sunt fructus primi anni, quo matrimonium initum est, sed tantum fructus anni qui matrimonium praecessit, et cujus anni ultimus mensis erat mensis october; fructus enim referuntur ad illum annum quo producuntur (*L.* 7 § 9 *ff. h. t.*). Itaque fructus istius vindemiae ad maritum spectant pro rata temporis, quo matrimonium illo anno stetit, seu mense, seu una duodecima anni, et ita cum vindemia produxerit 24 florenos, ex illis maritus percipiet duos: praeterea, cum annus futurae vindemiae incoeperit mense novembri, et matrimonium steterit usque ad ultimum diem januarii, adeoque tribus mensibus, marito debet dari una quarta pensionis, seu 3 floreni, et ita in totum 5 florenos percipiet maritus.

Notandum quod quoties agitur de fructibus dividendis inter virum et uxorem, primo deducendae sint impensae in fructus factae, fructus enim non intelliguntur, nisi deductis impensis(*L.* 7 *princ. et* § *ult. ff. h. t.*).

§ XI.

Quod si maritus chirographe confessus fuerit dotem sibi numeratam esse, quae tamen ei numerata non est, habebit maritus exceptionem dotis non numeratae, incumbetque uxeri probare eam numeratam fuisse: debet autem exceptio illa opponi intra annum a die soluti matrimonii, nisi matrimonium ultra biennium stetisset, quo casu intra tres menses opponi debebit: quod si matrimonium decennio steterit, omnino solvere debebit maritus, quia tunc praesumetur quod numerata fuerit, quae praesumptio est juris et de jure, et in hac re eaedem sequendae sunt regulae, quam pro eo su quo quis chirographum emisit, non accepta pecunia (*L. ult.*, *et auth. seq. cod. de dote cauta non numer.*).

§ XII.

Ultra actionem personalem, quam mulier habet ad dotem repetendam, habet etiam actionem in rem, quando nempe dos inaestimata est, non vero si sit aestimata, nam illius maritus plene jure dominus est. Nec obstat *L.* 30 *cod. de jure dot.*, in qua imperator dicit actionem in rem dari, sive res aestimatae sint, sive inaestimatae; nam per verbum *aestimatas* intelligimus, non aestimationem quae venditionis, sed quae taxationis causa fit; idque patet ex eo quod subjicit Imperator, scilicet, quod naturaliter in uxoris dominio illae res permanserint, quod certe intelligi non potest de rebus vere aestimatis. Praeterea in securitatem dotis uxeri tributa est hypotheca legalis in omnibus bonis mariti, de qua sub *lib. de pign. et hyp.*

§ XIII.

Maritus, qui ad dotem restituendam convenitur, gaudet beneficio competentiae; indignum enim visum est uxorem redigere maritum ad inopiam, nec pacto effici potest, ut maritus hoc beneficium non habeat: idem quoque beneficium habet pater mariti (*L.* 12, 14 § 1, *L.* 15 § *ult.*, *et L.* 16 *ff. h. t.*). Hoc beneficium tamen est personale, nec ad heredes transit, ita ut heredes mariti ad solidam dotem condemnari debeant (*L.* 12 *et* 13 *ff. h. t.*), exceptis liberis uxoris, qui patri heredes extiterunt, et a matre conveniuntur (*L.* 18 *ff. h. t.*). Hoc beneficio privatur maritus, qui dolo fecit quominus solidam dotem restituere posset (*L.* 18 § 1 *ff. h. t.*).

Jure Digesterum variis ex causis maritus detem retinebat, ut ob liberos quos ex uxere habebat, ob mores uxoris, vel res a muliere amotas; verum Justinianus omnes has retentiones sustulit in *L. unic.* § 5 *cod. de rei uxor. act.*, in qua nequidem ob impensas, nisi necessariae essent, retentionem permisit, de quibus *tit. seq.*

LIBER VIGESIMUS QUINTUS

TITULUS I.

DE IMPENSIS IN REM DOTALEM FACTIS.

Impensae necessariae ipso jure dotem diminuunt, ita ut maritus ipso jure eo minus debeat quatenus impendit, quod tamen non est sic intelligendum, quasi v. g. si in fundum dotalem quingenta impensa sint, et fundus valeat mille, medietas fundi desineret esse dotalis, sed hoc de ipsa dote, seu de universalitate dotis intelligendum est, quod illa ipso jure minuatur; itaque, si tota dos consistat in speciebus inaestimatis, licet impensae in eis factae sint, illae tamen non minuentur, nec ulla pars earum dotalis esse desinet: quod si dos in quantitate consistat, vel quod idem est, si non nisi res aestimatae in dotem datae sint, non potest esse quaestio de impensis: itaque tunc tantum proprie videtur usum habere id, quod dicitur minui dotem ipso jure per impensas necessarias, quando partim in quantitate, partim in speciebus consistit, v. g. si maritus in dotem acceperit mille et ulterius fundum, impenderit autem quingenta in ille fundo, soluto matrimonio, non tenebitur ipso jure restituere plusquam fundum et quingenta (*L.* 5 *ff. h. t.*). Ex eo quod impensae necessariae ipso jure dotem diminuant, sequitur quod, si dotem restituerit maritus, possit repetere quantum impendit condictione indebiti, cum totum restituens, plus solverit, quam debebat (*L.* 5 § 2 *ff. h. t.*); quod est contrarium in bonae fidei possessore, qui, si rem non deductis impensis restituerit, nihil repetere potest, scilicet, ille non potest dici aliquid indebitum solvisse, non enim impensae illae minuebant id, quod restituere debebat, et praeterea in rem alienam impendit; sed maritus in rem suam impendit, quoniam dominus erat dum impendebat, sicque transferendo rem in uxorem plus transtulit, quam debebat. Caeterum ut maritus impensas necessarias consequatur, non requiritur ut illae adhuc extent, sed sufficit quod ab initio necessariae fuerint, et adeo consequetur impensas quas fecit in re quae postea periit; quod iterum contrarium est in bonae fidei possessore per *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi J. C. tradit differentiam inter impensas necessarias factas in re, quae postea periit, et inter non factas: scilicet, si fecerit, conseque-

tur eas maritus, licet res perierit; si vero non fecerit, non tenebitur eo nomine, quoniam, eum res perierit, nullum damnum passa est mulier ex eo, quod impensae illae factae non sint, iu supposito nempe quod perierit v. g. incendio, ruina etc., nam si ideo res perierit, quia impensae non fiebant, tune culpa mariti res periit, adeoque tenebitur. Notandum quod illas impensas non consequatur maritus, quae, licet necessariae sint, non pertinent tamen ad perpetuem rei utilitatem, sed ad praesentem tantum (*L.* 3 § 1 *ff. h. t.*); item quae pertinent tantum ad ordinariam rei tutelam, v. g. alimenta servorum, tributa quae reipublicae praestitit, hae enim cum fructibus sunt compensandae (*L.* 13 *et* 15 *ff. h. t.*).

Quod utiles impensas attinet, loco retentionis, quam maritus olim habebat, Justinianus in *L. unic.* § 5 *cod. de rei uxor. act.* dedit actionem mandati, si voluntate mulieris factae sint, negotiorum gestorum vero, si ea ignorante; in quo differt maritus a bonae fidei possessore, qui nullam actionem habet, sed tantum deductionem: si tamen ignorante muliere factae sint, videndum en mulier eas commode possit refundere, nam certe non compelletur rem vendere, si aliunde eas solvere non posset (*L.* 6 § *ult.*, *L.* 7 § 1, *et L.* 8 *ff. h. t.*).

Voluptuarias non consequitur maritus, nequidem si consensu mulieris factae sint (*L.* 11 *ff. h. t.*). Caeterum eas tantum tollit, si tolli possint sine rei laesione: quod si mulier pati nolit ut tollat, solvere debebit earum aestimationem (*L.* 9 *ff. h. t.*).

TITULUS II.

DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.

Actio rerum amotarum datur uni conjugi contra alterum, qui amovit, seu surripuit res aliquas divortii consilio, si postea divortium revera secutum sit. Per hanc actionem res ablatae repetuntur: scilicet inter extraneos simili casu locus foret condictioni furtivae et actioni furti, sed eum turpes sint illae actiones, ne honor conjugis per conjugem laedatur, placuit eis dare actionem dictam *rerum amotarum*, quod paulo honestius est (*L.* 1 *et* 2 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS VEL PATRONIS VEL LIBERTIS.

Partus suppositionis evitandae causa duo Romani ediderunt Senatusconsulta, Planeianum scilicet, quo cautum ut mulier, quae se praegnantem putat, intra triginta dies post divortium marito denunciet. Aliud Senatusconsultum temporibus Hadriani habitum, quo cautum, ut si partus tempore matrimonii edatur, eum maritus agnoscere non teneatur, si evidentissimis rationibus docuerit eum ex se conceptum non esse: haec historice dixisse sufficiat. Alia pars hujus tituli agit de alimentatione, pro qua lectores remitto ad Surdum, *tractatu de alimentis*.

TITULUS IV.

DE INSPICIENDO VENTRE, CUSTODIENDOQUE PARTU.

Hujus tituli duae quoque partes sunt. Prima agit de uxore, quae a viro discessa, eum prole sua defraudare studeret, negando se praegnantem esse, cui fraudi ut obviam iretur divi fratres Marcus Antonius et Verus constituerunt ut, postulante marito, praetor peritas obstetrices adhiberet, quae ventrem mulieris inspicerent, et si inspecto ventre eam praegnantem renuntiarent, tunc maritus poterat ad uxorem custodes mittere, qui eam observarent, praesertim quando parturiebat, ne scilicet verus partus celetur, aut alienus subjiciatur. Alia pars hujus tituli agit de muliere post mortem mariti praegnante, quo casu praetor mittebat partum seu ventrem in possessionem bonorum patris praemortui.

TITULUS V.

SI VENTRIS NOMINE, MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA, EADEM POSSESSIO DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR.

Si mulier quae, ut titulo praecedenti dictum, in possessionem missa dolo malo eam in alium transferet, uterque tenetur actione in factum, mulier quidam ad id quod interest, alter vero ut a possessione discedat.

TITULUS VI.

SI MULIER VENTRIS NOMINE IN POSSESSIONE CALUMNIAE CAUSA ESSE DICETUR.

Sub hoc titulo datur actio ei cujus interest, contra mulierem quae, eum praegnans non esset, in possessionem per calumniam mitti se curavit.

TITULUS VII.

DE CONCUBINIS.

Jore veteri Romanorum omnibus indistincte concubinas habere licebat. Constantinus vero in *L. unic. cod. h. t.* uxores habentibus prohibuit, ne concubinas haberent. Porro Leo Sapiens in *Nov.* 19 concubinatum omnino sustulit, cum facile sit cuique uxorem sibi comparare.

Digitized by Google

LIBER VIGESIMUS SEXTUS

—

TITULUS I.

DE TUTELIS.

TITULUS II.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

TITULUS III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

TITULUS IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

TITULUS V.

DE TUTORIBUS ET CURATORIBUS DANDIS AB HIS, QUI JUS DANDI HABENT, ET QUI, ET IN QUIBUS CAUSIS SPECIALITER DARI POSSUNT.

TITULUS VI.

QUI PETANT TUTORES AUT CURATORES, ET UBI PETANTUR.

TITULUS VII.

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM ET CURATORUM QUI GESSERINT VEL NON, ET DE AGENTIBUS, VEL CONVENIENDIS UNO VEL PLURIBUS.

TITULUS VIII.

DE AUCTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

TITULUS IX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSUNT.

TITULUS X.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

In hoc libro, ut ex titulorum inscriptionibus apparet, agitur de tutoribus et curatoribus; verum, cum de his in *Institutionibus* agatur, lectores ad *Recitationes Heineccii* remittimus, paucis circa administrationem tutorum adnotatis, praesertim de officio tutoris in persona pupilli tuenda et educanda, et de bonis ejus administrandis; hinc videbimus.

§ I. Quid tutor facere debeat antequam tutelam suscipiat.
§ II. Effectus inventarii confecti.
§ III. Apud quem pupillus educari debet.
§ IV. Quemadmodum educari debet.
§ V. De obligatione tutoris suscipiendi lites pro pupillo.
§ VI. Quomodo gerere debet negotia pupilli.
§ VII. Quid si tutor comparaverit pupillo praedia idonea.
§ VIII. Quid si pecuniam male applicaverit.
§ IX. Quomodo finitur administratio tutelae.
§ X. Quae actio adversus tutorem detur.

§ I.

Ante susceptam tutelam, vel in susceptione ejus, tutor juramento promittere debet se pupillum honeste educaturum, bona ejus administraturum sicuti bonus paterfamilias; et si sit tutor legitimus, vel sine inquisitione datus, debet satisdare datis fidejussoribus rem pupilli salvam fore; et tandem debet facere inventarium, ex quo sciri possit quid et quantum tutor finita tutela restituere debeat. Quod si tutor tutelam sine confectione inventarii suscepisset, fiebat infamis, et pupillo condemnabatur in quantum in litem juravisset (*L. 7 ff. h. t.*). In hoc inventario referri debent omnes res pupilli tam mobiles, quam immobiles, tam corporales, quam incorporales, tam credita, quam debita, quinimo instrumenta ad res pupilli pertinentia: quod si aliquae res fuerint omissae, videndum est utrum id contigerit dolo vel fraude tutoris, et tunc eodem modo tenebitur ac si inventarium non fecisset; si autem sine dolo tutoris hoc contigerit, statim atque res illae repertae fuerint, in inventario referendae sunt.

§ II.

Effectus inventarii est, quod secundum illud rationes a tutore exigantur; sed quid si tutor contendat per errorem plus in inventario relatum esse, quam in patrimonio existeret, an esset audiendus? Et verius apparet eum audiendum non esse, sed omnino cogi ad reddendas rationes, secundum id quod in inventario continetur, ut aperte probare videtur ***L. ult. cod. arbitrium tutelae.***

§ III.

Jam videamus apud quem pupillus educari debeat. Et siquidem pater aliquem testamento designaverit, eidem pupillus tradi debet educandus, nisi gravissimae causae contrarium suadeant, quo casu interveniente auctoritate magistratus alteri educatio pupilli mandabitur. Si pater neminem testamento designaverit, tunc matri educatio pupilli permittetur, nisi iterum gravissimae causae contrarium suadeant, ut si, de jure Romano, ad secunda vota transiverit, praesertim si ex secundis nuptiis liberos susceperit; solet enim affectio matris erga prioris matrimonii liberos debilitari, susceptis liberis ex secundo matrimonio. Hodie haec ratio non attenditur, nisi aliae concurrant causae.

In defectum matris educatio permittitur ascendentibus, vel fratribus aliisque remotioribus propinquis, si modo nihil ex persona ipsorum obstet: quod si nulli propinqui extent, vel nolint suscipere educationem, nec ad eam suscipiendam, ut sane fieri potest justa forte de causa, coacti fuerint, tunc tutor educationem suscipere debet, vel, quod con-

sultius est, accedere magistratum, ut is statuat apud quem pupillus sit educandus.

§ IV.

Nunc videamus quemadmodum pupillus educari debeat. Et siquidem pater determinaverit modum, is servandus erit, nisi excederet modum patrimonii pupilli: quod si pater nihil determinaverit, tutor eum educabit juxta quantitatem patrimonii et statum ejus, et hoc quoque casu consultius erit tutori accedere magistratum, qui determinabit modum et educationis et alimentationis, praecavendo tamen, ut anoue aliquid ex reditibus supersit, propter casus fortuitos qui ingruere possunt, nisi exigui sint proventus annui; imo, exigente pupilli necessitate, permittere poterit rel pupillaris distractionem, non enim tenetur tutor pupillum de suo alere.

§ V.

Tutor personam pupilli tueri debet ac defendere, adeoque pro eo lites suspicere debet, si modo justa litigandi causa subsit: quod si non adfuerit justa causa, et litem perdiderit, suo periculo res erit, omnesque sumptus sustinere debet. Hinc, quia spondente experientia compertum est, saepe tutores propriae utilitatis causa litem nomine pupilli movere, hodiedum constitutum est tutorem non posse litem pupilli nomine suscipere, nisi obtenta a magistratu venia, quam si non obtinuerit, et causa ceciderit, omne damnum ejus occasione ortum sustinere debet, sine distinctione an causa justa sit, necne

Quod si obtenta a magistratu venia pupillus vincatur, actio judicati adversus ipsum pupillum dirigi debet, quia in illis, quae tutor nomine pupilli gerit, ejus personam repraesentat. Aliud servabatur in procuratore de jure Romano, is enim personam mandantis non repraesentabat, ideoque si causa cecidisset, actio judicati non adversus mandantem, sed adversus procuratorem dirigebatur.

§ VI.

Suscepta tutela, tutor res et bona pupilli debet administrare sicut diligens paterfamilias; unde si in patrimonio ejus res tales inveniat, quae servando servari non possunt, illas distrahere debet, et pretium impendere in emptionem praediorum: quod si nulla praedia emenda inveniat, vel forte pupillo non convenient, pecuniam foenori, hodie reditui, applicare debet, ita quidem ut si hoc non fecerit, ipsemet tutor usuras praestare debeat: quod si nullam occasionem habeat pecuniam ad reditum applicandi, magistratui nuntiare debebit, vel apud eum illam consignare, quo facto, ab usuris immunis erit. Eadem dicenda sunt de pecunia in hereditate inventa, aut a debitoribus exacta, contra quos nature agere debebit, ne, si interim fiant insolvendo, damnum illud ferre debeat.

§ VII.

Quod si tutor inidonea praedia pupillo comparaverit bona fide, et sicut quisque diligens paterfamilias fecisset, non tenebitur; secus si per sordes, aut in gratiam venditoris, aut culpa sua id contigerit (*L.* 7 § 2 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Quod si pecuniam male applicaverit, videndum an eam suo nomine applicaverit, an vero nomine pupilli; et siquidem nomine pupilli applicaverit, tunc modo omnia gesta sint bona fide, non tenetur; si vero nomine suo applicaverit, uti eum licite facere posse constat ex *L.* 46 § 2 *ff. h. t.*, in arbitrio pupilli est, an omnia nomina per tutorem contracta velit suscipere, an vero omnia recusare; partem itaque pupillus suscipere nequit, et partem recusare, sed eligere debet utrum sibi expediat.

Cum tutor quoad rerum pupillarum administrationem domini loco habeatur (*L.* 27 *ff. h. t.*), debita pupillaria solvere debet, modo naturaliter et civiliter debeantur, et cavere ne differendo solutiones usurae crescant, aut poena forte committatur.

§ IX.

Finitur administratio tutelae, finita tutela, nisi tutor jam inde quaedam gerere coeperit, haec enim perficere debet, sicuti terminare debet ea, quae per connexionem ad praecedentia negotia pertinent.

§ X.

Si tutor male tutelam administraverit, contra eum datur actio tutelae; sed quid si plures sint tutores, quomodo conveniri poterunt? Et juxta *L.* 2 *cod. de divid. tutela*, distinguendum est an administratio inter eos fuerit divisa, quo casu quisque tantum tenebitur ratione suae administrationis, nisi, cum sciret alterum male gerere, eum suspecti accusare neglexerit; si autem divisa non fuerit, omnes in solidum conveniri poterunt.

LIBER VIGESIMUS SEPTIMUS

—

TITULUS I.

DE EXCUSATIONIBUS.

TITULUS II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT, ET DE ALIMENTIS EI PRAESTANDIS.

Digitized by Google

TITULUS III.

DE TUTELAE, ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS, ET UTILI CURATIONIS CAUSA ACTIONE.

TITULUS IV.

DE CONTRARIA TUTELAE ET UTILI ACTIONE.

TITULUS V.

DE EO, QUI PRO TUTORE PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

TITULUS VI.

QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM ESSE DICATUR.

TITULUS VII.

DE FIDEJUSSORIBUS, ET NOMINATORIBUS, ET HEREDIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

TITULUS VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

TITULUS IX.

DE REBUS EORUM, QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, SINE DECRETO NON ALIENANDIS VEL SUPPONENDIS.

TITULUS X.

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS EXTRA MINORES DANDIS.

Totus hic liber iterum de tutelis occupatur, adeoque ad *Recitationes Heineccii* more nostro remittimus, pauca traditori de alienatione rerum pupillorum, et quidem loquimur.

§ I. De oratione divi Severi alienationem rerum immobilium pupillorum sine decreto prohibente.
§ II. Quo sensu hic intelligenda sit alienatio.
§ III. Quid si pupillus fundum emerit, an eumdem fundum venditori pro parte pretii non soluta potest pignori dare.
§ IV. Tutor potest sine decreto pignus datum pupillo sine decreto distrahere.
§ V. An potest fieri divisio fundi inter pupillum et alium communis sine decreto.
§ VI. Alienationes necessariae sine decreto fieri possunt.
§ VII. Item, quas pater suo testamento permisit.
§ VIII. Item, si pupillus ex capite alterius ad tradendum obligatus sit.
§ IX. Quaenam res alienari prohibentur.
§ X. Cujus judicis est interponere decretum.
§ XI. Quibus ex causis praetor decretum suum interponere debet.
§ XII. Quid si tutor praetorem deceperit.
§ XIII. Quid si praetor non fuerit deceptus, sed concesserit alienationem ex causa non sufficienti.
§ XIV. Si alienatio sine decreto facta sit, est nulla.
§ XV. Si minor avocet rem sine decreto venditam, an pretium restituere debebit.
§ XVI. An alienationes invalidae aliquando confirmantur.

§ I.

Pupilli et minores sine tutoris vel curatoris sui auctoritate nihil valide gerere possunt, ex quo conditio ipsorum possit fieri deterior; unde res suas alienare non possunt sine tutoris vel curatoris sui auctoritate, ita ut res aliter alienatas quandocumque vindicare possint, nisi postea majores facti alienationem in minori aetate factam ratam habuerint. Poterant tamen minores alienare res suas cum tutoris vel curatoris auctoritate, ita ut res sic alienatas recuperare non possent, quamvis laesi fuisseut; idemque erat, si forte ipse tutor res ipsorum alienasset, quod omnino consequens erat *L.* 27 *ff. de adm. et peric. tut.* Poterant tamen, si laesi essent, impetrare restitutionem in integrum. Ast cum compertum esset saepe contingere, ut tutores pecuniam redactam ex venditione rerum pupillarium facile dissiparent, ut magis et magis pupillis consultum foret, divus Severus oratione in Senatu habita prohibuit, ne tutores vel curatores in posterum praedia rustica vel suburbana minorum alienarant, nisi praevie intervenisset decretum praetoris, quae oratio extat in *L.* 1 § 2 *ff. h. t.*; unde post hanc prohibitionem alienatio sine decreto facta est ipso jure nulla. Quamvis autem haec oratio tantum loqueretur de praediis minorum vel pupillorum, postea tamen interpretatione jurisconsultorum haec prohibitio fuit extensa ad bona furiosorum, et prodigorum sub curatione degentium.

§ II.

Itaque post hanc orationem tutoribus tantum permissa fuit alienatio mobilium, immobilia vero alienare non possunt, nisi interveniente decreto praetoris: sed quaeritur quid hic veniat nomine alienationis? Et quidem initialibus verbis hujus orationis tantum videbatur interdicta venditio, sic enim oratio erat concepta, *ne praedia rustica, vel suburbana distrahant;* sed tamen his verbis intellectum est prohiberi quamcumque alienationem, ex mente sane ipsius orationis, quae ex subsequentibus verbis sufficienter colligitur, dicit enim *qui pro sua religione aestimet, quae possint alienari obligarive debeant*; unde nomine alienationis hic non tantum venit emptio-venditio, permutatio, datio in solutum, sed et etiam impositio pignoris, servitutis, aut alterius juris realis, quinimo quam latissime hic acceperunt verbum illud alienandi, ut etiam importaret non tantum remissionem juris quaesiti, sed etiam delati tantum, modo versaretur circa tales res, quarum alienatio per orationem prohibetur; unde si forte pupillo fundus esset legatus, tutor eum repudiare non potest, nisi interveniente decreto praetoris (*L.* 5 § 8 *ff. h. t.*), quod sane ita acceptum fuit favore speciali pupillorum; etenim in aliis casibus nomine alie-

Digitized by Google

nationis in jure nostro nunquam venit repudiatio juris tantum delati; unde etiam aliter servatur in actione Pauliana, per quam revocantur alienata in fraudem creditorum.

§ III.

Diximus, nomine alienationis hic etiam venire pignoris impositionem: quid igitur si quis fundum vendiderit pupillo et, parte forte pretii non soluta, in traditione placeat, ut pro illa parte fundus sit hypothecatus, an haec oppignoratio valebit? Negat J. C. in *L.* 1 § *ult. ff. h. t.*; *nam*, ait, *ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari*, hoc est pignus subsistere non potest, antequam dominium in minorem transferatur, cum nemo possit habere pignus in re propria; ut statim atque dominium est translatum, pignus amplius imponi nequit, cum fundus factus sit minoris: sed an dominium in minorem erit translatum? Sane de eo dubitari non sinit *L.* 2, in qua hanc quaestionem ad praecedentem legem referendo ait, *sed hic videtur illud movere, quod cum dominio pignus quaesitum est*; quibus verbis aperte supponit dominium esse translatum.

Sed dicet quis, potest vendi fundus minori, deducto usufructu, ergo similiter potest fundus vendi, reservato jure pignoris. ℟. Ubi fundus venditur sine usufructu, nuda proprietas intelligitur vendita et non ususfructus; sed in casu nostro integer fundus est venditus; deinde qui vendit fundum deducto usufructu, reservat sibi jus quod antea habebat, et ideo nulla contingit alienatio ex parte emptoris; ast qui vendit fundum sub pignore, vult acquirere jus quod ante non habuit, et sic alter intelligitur alienare.

Obj. *L.* 3 *ff. h. t.* ℟. In illa lege agitur de pignore legali, quod constituitur sine ullo facto tutoris; ast in casu pignus constitueretur ex facto ipsius tutoris.

§ IV.

Sed quid si fundus pupillo fuerit oppignoratus, an, si forte debitor non solvet, tutor illum fundum distrahere poterit sine decreto? Sane (*l.* 5 § 3 *ff. h. t.*); ratio est quod tutoribus tantum sit interdicta alienatio rei pupillaris, jam antem fundus oppignoratus non est pupilli, sed debitoris, cum rei pignori datae dominium remaneat penes debitorem.

§ V.

Quid si pupillus cum alio fundum communem habeat pro indiviso, an divisio fieri poterit sine decreto? Et distinguendum est utrum divisio facta sit sine judice, quo casu divisio incidet in alienationem voluntariam, adeoque prohibitam, cum nemo teneatur sine judice dividere; si autem per judicem facta sit divisio, videndum utrum minor fuerit provocatus, an ipse provocaverit; et siquidem ipse provocaverit, non valebit divisio, nisi intervenerit decretum; si autem fuerit provocatus, valebit, quia tune erit alienatio necessaria, cum minor provocatus judicium suscipere debuerit, ne alies alter invitus in communione remanere deberet.

VI.

Ex dictis patet non omnem alienationem tutoribus esse interdictam, sed tantum voluntariam; unde valet constitutio hypothecae legalis, uti et ejus quae per magistratum constituitur (*L.* 3 § 1 *ff. h. t.*). Similiter si quis legaverit pupillo rem sibi propriam, eamque fideicommisso gravaverit, poterit tutor illam rem sine decreto fideicommissario restituere. Aliud esset, si quis pupillo legasset, et fidei ejus commisisset, ut aliam rem alteri restitueret; hoc enim casu periculum subest ne patrimonium pupilli diminuatur, cum fieri possit ut res legata non sit ejusdem valoris ac alia res fideicommisso comprehensa; quod periculum cessat priori casu, cum equidem res illa nunquam intrasset in patrimonium pupilli; unde eam praestans ex fideicommisso, nullo modo videri poterit patrimonium suum diminuisse (*L.* 5 § 4 *ff. h. t.*).

§ VII.

Sic iterum, si pater testamento jusserit vendi aliquam rem, quae ex sua hereditate ad pupillum pervenit, tutor eamdum vendere poterit sine decreto, in tantum quidem ut, si testamentum postea appareret irritum, nihilominus alienatio facta valeret (*L.* 14 *ff. h. t.*); permiserunt enim leges tutori voluntatem patris sequi, quatenus praesumunt eum optime novisse quid filio suo expediat, eadem fere ratione, qua tutor datus in testamento invalido a praetore confirmatur, modo testamentum non esset nullum defectu voluntatis.

§ VIII.

Sic quoque, si pupillus non suo nomine, sed ex capite alterius, puta patris sui cui successit, obligatus sit ad transferendum dominium, v. g. quod pater fundum promisisset aut vendidisset, tutor illum fundum sine decreto emptori aut stipulatori tradere poterit. Aliud foret, si ipse pupillus vel tutor eum vendidisset, aut promisisset, tunc enim tradendo dominium non transferretur (*L.* 5 § 5, 6, *et* 7 *ff. h. t.*).

§ IX.

Nunc videamus quaenam res alienari prohibeantur. Et quidem per orationem tantum prohibeba-

Digitized by Google

tur alienatio praedii rustici et suburbani, unde post illam orationem res mobiles uti et praedia urbana adhuc valide alienari poterant, quinimo debebant vendi et pecunia foenori dari, quia illa praedia vix ullam utilitatem solent adferre pupillo, et si quos fructus produeant, saltem non solent adaequare quantitatem usurarum, quae ex pretio ex illarum venditione redacto percipi possunt; subjacent praeterea illa praedia casibus fortuitis.

Licet jam dicta optimis subnixa sint rationibus, postea tamen contrarium obtinuit, et praedia urbana etiam alienari prohibitum fuit; quia visum est has alienationes repugnare utilitati pupillorum, vel quia pecuniae foenerandae aliquando steriles sunt, vel quia a majoribus proficisceretur domus illa, in qua forte pupillus educatus fuit; hinc Constantino placuit in *L.* 22 *cod. de administr. tut.*, ne in posterum illa praedia sine decreto alienarentur.

§ X.

Quaeritur hoc § cujus judicis sit interponere decretum? Romae praetor, in provinciis proconsules et praesides decretum interponebant; hodie illud interponunt judices ordinarii. Sed quid si in diversis locis pupillus bona sita habeat? Ab illo judice interponendum erit decretum, in cujus territorio tutela geritur (*L.* 5 § 12 *ff. h. t.*), cui obstat quod extra territorium judex jus dicere non possit; sed dicendum id ita receptum esse favore pupillorum, cum judex loci optime scire possit an justa subsit alienationis causa, v. g. an aes alienum urgeat, insuper quaenam praedia expediat alienare.

§ XI.

Nunc videamus quibus ex causis praetor decretum suum interponere debeat? Hoc oratione continetur his verbis: ***quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus caeteris non possit exsolvi, praetor etc.***; itaque tantum aes alienum erat justa causa permittendi alienationem. Postea autem receptum fuit, ut ex causa dotis vel donationis propter nuptias permitteretur, et sane; nam saepe alias contingere posset, ut pupillus vel pupilla juxta statum ac conditionem suam nubere non posset, et ita, quod in eorum favorem introductum est, vergeret in eorum odium; quinimo argumento *L.* 22 *et ult.* § 3 *cod. de administr. tut.* generaliter receptum apparet permitti alienationes, quoties causa necessitatis subest.

Sed an etiam ex causa utilitatis evidentis alienatio permittitur? ℟. negative, quia alias haec prohibitio vix ullum usum aut effectum haberet; cum similis causa facillime posset obtendi, et dependeat a captu et idea cujusque; hinc placuit, ut tantum ex causa necessitatis alienatio permitteretur: quomodo autem judex procedere debeat in interponendo decreto, vide *L.* 5 § 9 *et seqq.*

§ XII.

Sed quid si tutor praetorem deceperit, allegans forte causam, quae a parte rei non subest, an alienatio in consequentiam decreti facta valida erit? ℟. negative (*L.* 5 § 15 *ff. h. t.*), quia oratio non aliter permittit alienationem, quam justa de causa; unde adversus emptorem pupillus agere poterit, cui potius quam pupillo imputari poterit, quod non cautius examinaverit an causa alienationis allegata revera subfuerit.

§ XIII.

Aliud foret, ut putamus, si causa, quae praetori allegata fuit, revera subesset, sed non esset sufficiens ad permittendam alienationem, praetor tamen eam sufficientem credens alienationem permiserit; tali enim casu alienatio valida esset, quamvis enim sufficiens causa non esset; ubi tamen per praetorem est approbata, pro sufficienti haberetur.

§ XIV.

Alienatio sine decreto facta est prorsus nulla, unde non impeditur pupillus illam rem vindicare, sic quidem ut fructus sint restituendi: exceptio tamen est, si pupillus agat adversus eum, qui rem non comparavit a pupillo, sed ab alio, puta ab eo cui pupillus vendiderat, quia tunc ille habet omnia requisita ut fructus suos faciat, habet enim bonam fidem et justum titulum: aliud est, quando agit adversus eum, in quem rem suam transtulit, nam licet bona fide rem sibi comparaverit, non habet tamen verum titulum, sed tantum putativum, qui non sufficit ut fructus acquirat.

§ XV.

Quando autem minor rem ab eo, cui vendiderat, avocaverit, si pretium adhuc habeat, aut fuerit in rem suam versum, aut praedia comparaverit, vel cum eo creditores suos dimiserit, verbo, in quantum locupletior factus erit, refundere debebit venditori; si autem pecunia amplius non extet, nec in rem versa sit, sed fuerit dilapidata, nihil reddere debebit, quia illo casu uterque certat de damno vitando; in pari autem causa melior est conditio minoris.

§ XVI.

Confirmatur aliquando ex postfacto alienatio sine decreto facta. Et quidem, si minor major factus approbaverit, si egerit actione tutelae contra tutorem, et consecutus sit aestimationem rei alienatae; alienatio enim prohibetur ut pupillus damnum evitet, non vero ut lucrum faciat; in casu autem minor lucraretur, si consecutus aestimationem, adhuc

res ipsas posset auferre (*L.* 10 *ff. h. t.*). Confirmatur etiam alienatio sine decreto facta, si major factus intra quinquennium inter praesentes, decennium inter absentes, res suas titulo oneroso alienatas vindicare neglexerit; decennium autem inter praesentes at vicennium inter absentes, si titulo lucrativo illas alienavisset; ex tanti enim temporis lapsu praesumitur consensus ejus in alienationem. Ideo autem requiritur longius tempus quando res alienata est titulo lucrativo, quam oneroso, quia ubi res alienata est titulo lucrativo, minor certat de damno vitando, et alter de lucro captando, ubi dum est alienata titulo oneroso, uterque certat de damno vitando. Confirmatur etiam ex postfacto, si tutor minori successerit, na alias tutor proprium factum impugnet; sed an idem dicendum, si minor tutori heres sit? Id quidem vult Voetius, sed non recte; etenim quod tutor heres existens minori, pro ea parte qua heres est rem vindicare non possit, hoc non inde est, quasi tutor ex alienatione facta fuisset obligatus, alienatio enim nullam imponebat obligationem, siquidem ipso jure nulla esset, sed id erat propter factum ejus personale: haec ratio cessat respectu minoris, qui tutori heres existit, quia factum ipsius tutoris mere personale est, adeoque in pupillum non transit; nulla itaque ratione pupillus rem illam vindicare prohibetur.

Digitized by Google

PARS QUINTA

LIBER VIGESIMUS OCTAVUS

TITULUS I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA FIANT.

§ I. Ratio relegationis ad *Recitationes Heineccii* quoad ea, quae prorsus juris Romani erant in testamenti factione.
§ II. An moribus valeat testamentum, in quo filius vel scriba notarii adstitit ut testis.
§ III. Quid de legatario, qui testamento adstitit.
§ IV. Quid de executore testamentario.
§ V. Quid de consanguineis.
§ VI. Quid de rogatione testium.
§ VII. An adhuc moribus testamentum apud acta fieri possit.
§ VIII. Quid de testamentis nuncupativis.
§ IX. De testamento coeci.
§ X. Quid si quis bona habeat sita in diversis locis, et testatus fuerit juxta solemnitates unius loci.
§ XI. An plures personae hodie in iisdem tabulis testari possint.
§ XII. De testamentis privilegiatis.
§ XIII. De his qui testari possunt.

§ I.

Quoniam pleraque, quae circa testamenti factionem statuerant Romani, hodie, diversa obtinente jurisprudentia, exoleverunt, consultum nobis visum est de illis non occupari, praesertim cum omnes auctores de hac materia plena manu scripserint, ad quos, et praecipue ad *Recitationes Heineccii tit. de testam. ord.* more nostro remittimus. Sed et alia ad hanc remissionem nos adigit ratio; edicto enim perpetuo Alberti et Isabellae anni 1611 (*art.* 11 *et seqq.*) definitum est, non alias in illis locis, ubi consuetudines tacent, requiri solemnitates, quam ut testamenta fiant coram notario vel parocho et duobus testibus, et ut testator, notarius, vel pastor et testes subscribant, si scribere valeant, de quo, post interrogationem, notarius mentionem facere debet in supremis tabulis, adeo ut praescripta a Romanis circa hanc materiam recte ad historica potius, quam ad doctrinalia retuleris, quod adeo verum est, ut nequidem curiosos ad *Recitationes Heineccii* remisissemus, nisi compertum nobis esset utilia in jure Romano adeo inutilibus commixta esse, ut unum sine alio edoceri non possit.

§ II.

Quaesitum aliquando fuit, an valeat testamentum, in quo filius vel scriba notarii adstiterat ut testis, et judicatum refert Wynants (*dec.* 174) valere; scilicet constat quod de jure Romano plures ex eadem domo testes assumi possint (*L.* 22 *ff. h. t.*), quod abrogatum non est edicto perpetuo: cui accedit quod in testamento non vertatur causa notarii, sed heredis et testatoris, unde non potest dici quod filius vel scriba notarii in propria causa testificentur. Nec obstat quod si quaestio de falsitate moveatur, veritas non ita patefieri possit per filium vel scribam notarii; nam eadem fere difficultas vertitur casu, quo extranei testes adhibiti fuerint, quoniam, dum fraus commissa est, saepe et ipsi testes fraudis sunt participes. Sed esto quod eo casu veritas difficilius exquiratur, nihil aliud inde sequetur, quam quod sufficiens ratio fuerit eos arcendi a testimonio; sed cum nec Romani, nec Principes nostri haec praecaverint, dicendum eos non arceri, juxta leges enim, non de legibus judicandum est.

Notandum edictum prohibere ne notarios sibi,

Digitized by Google

aut alicui ex consanguineis suis usque ad quartum gradum aliquid adscribat, et gradus hic civiliter computari.

§ III.

Legatarium posse esse testem de jure Romano constat, quoniam principale negotium in testamento vertitur testatorem inter et heredem, imo legatum suum etiam consequebatur legatarius, quia, jure Romano, ad valorem cujuslibet ultimae voluntatis, excepto testamento quod septem testes requirebat, sufficiebant quinque testes; unde cum, dempto testimonio honorati, adhuc sex remanerent testes, dicendum erat eum posse consequi legatum; nec opponi poterat legatarium hunc videri testem in propria causa, nam jam diximus quod testimonium ejus pro legato demeretur. Hodie diversa obtinet jurisprudentia, testamentum quidem, in quo legatarius adstitit, valet, sed legatarius legatum non consequitur (Stockmans *dec.* 6): ratio hujus est, quod hodie pro omni ultima voluntate, etiam pro legato, requirantur notarius et duo testes, et adeo, eum pro legato uni testium relicto, ejus testimonium computare non possimus, restat tantum testimonium alterius testis et notarii, quod non sufficit.

§ IV.

Quod attinet executorem testamentarium, si sit executor, quem testator nullo herede scripto designavit, ut bona sua inter certas personas distribueret v. g. familiae suae, is loco heredis esse dicunt, et adeo si testis fuerit, testamentum est nullum (Stockmans *dec.* 7). Merito tamen de eo dubitari potest, non enim hic executor similis est heredi fiduciario, ut vult Stockmans; fiduciarius enim vere heres est, ita ut apud eum maneat hereditas casu, quo fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem moriatur, habet quoque jus detrahendi quartam Trebellianicam; quae dici nequeunt de executore testamentario. Si autem aliquis sit heres scriptus, ita ut executor sit nudus minister ad praestanda bona et legata illis, quos testator heredes vel legatarios scripsit, ita ut nulla dispositio apud eum sit, convenit Stockmans quod si testis fuerit, testamentum valeat, et ita refert judicatum; addit tamen verius esse, quod executor futurus non sit, quoniam in propria causa testis esset.

§ V.

A testimonio repelluntur consanguinei heredis; sed ad quem gradum consanguinitatis hoc porrigendum sit, non convenit, et vario de hoc sentiunt interpretes; hujus exempla quaedam refert Wynants (*dec.* 176). Quod infames attinet, eorum testimonium rejicitur, quod intelligendum de infamia juris a judice per sententiam declarata (Wynants *dec.* 177). Nota etiam quod dum quaeritur de testium qualitate, ut videatur an habiles sint, vel non, non sit inspiciendum tempus mortis testatoris, sed tempus testamenti conditi (*L.* 22 § 1 *ff. h. t.*).

§ VI.

De rogatione testium etiam mentio fit in edicto, quod tamen non ita intelligendum est, quasi e domo sua vocati esse debeant, sed ut admoneri debeant cui rei testes adhibeantur, antequam testamentum incipiat condi, quod sufficit, licet casu fortuito apud testatorem essent, conformiter ad jus Romanum (*L.* 21 § 2 *ff. h. t.*).

§ VII.

Per edictum abrogatum non est testamentum, quod fit apud acta publica iisdem solemnitatibus, quibus alia negotia in judicio peragi solent, acta enim publica supplent fidem notarii et testium, ita saepe judicatum refert Stockmans (*dec.* 10).

§ VIII.

Quod attinet testamenta nuncupativa, prout apud Romanos fieri solebant, apud nos ex usu sunt; per edictum enim in scriptis redigi debet testamentum, quamvis tamen testamenta nostra *aperta*, ut vocant, nuncupativis accedant, quatenus testator voluntatem suam nuncupat notario, qui eam in scriptis redigit, et testibus praelegit, quamvis hoc posterius non videatur omnino necessarium. Aliud adhuc testamenti genus moribus nostris obtinet, quod *clausum* vocant, quod scilicet a testatore subscriptum et obsignatum offertur notario, qui in dorso solemnitates adhibet, de quo casus plures refert Stockmans (*dec.* 11, 13, *et* 14).

§ IX.

Quod attinet testamentum coeci, in eo de jure Romano requirebatur octavus testis, qui loco testatoris subscriberet et subsignaret, prout etiam in testamento illius, qui scribere non poterat; sed hodie judicatum non requiri in eo, nisi duo testes et notarius, prout in omni alio testamento: cujus ratio est, quod ideo de jure Romano octavus testis requireretur, quia subscriptio et subsignatio testatoris de solemnitate testamenti erant, et ita in illo casu requirebant Romani, ut saltem per alterum octavum testem testamentum subscriberetur. Verum hodie, si testator scribere nequeat, non est de essentia testamenti, ut adsit alia subscriptio, modo notarius de eo mentionem faciat (Stockmans *dec.* 16).

Digitized by Google

§ X.

Quaeritur quid, si quis bona sita habeat in diversis locis, ubi diversae requiruntur solemnitates, an testamentum in uno loco factum, juxta illius loci solemnitates, habeat effectum quoad bona alibi sita? Et quod attinet bona mobilia, facile admissum fuit sufficere, ut illius loci solemnitates adhiberentur, quatenus mobilia nulli certo loco adscripta sunt, sed personam sequuntur. Aliud dicendum de immobilibus quidam putarunt; sed tamen unanimi fere omnium consensu admissum est valere tale testamentum, quamvis alterius loci solemnitates adhibitae non fuerint, ne alias testator tot testamenta condere teneretur, quot sunt loca in quibus bona sita habet, quorum solemnitates facile ignorare potest; unde si quis condat testamentum in Brabantia coram notario et duobus testibus, et habeat bona sita in Frisia, ubi adhuc septem testes requiruntur, testamentum effectum habebit etiam quoad bona frisica.

Obstare tamen videtur *art.* 13 *edict. perp.*, in quo dicitur observari debere solemnitates loci, in quo bona sita sunt. R/. Ille articulus ita interpretatus fuit, ut ibi tantum ageretur de solemnitatibus intrinsecis, ut si quaeratur an quis testari possit, vel de quibus bonis, nam quoad ea, seu quoad testamenti factionem observandae sunt leges situs bonorum; itaque si quis in Brabantia testamentum condat, in quo de generalitate bonorum disponit, hoc testamentum validum pro bonis brabanticis, non habebit effectum pro bonis flandricis, ubi tantum permissum est testari de tertia parte bonorum: similiter, si quis natus annis quatuordecim habeat bona sita in loco, ubi requiruntur octodecim anni ad testandum, ille autem testetur in loco, in quo quatuordecim anni sufficiunt, ejus testamentum exitum non habebit pro bonis in priore loco sitis.

§ XI.

Invaluit etiam hodie ut plures personae, praesertim conjuges, in iisdem tabulis testentur, quod Huberus putat repugnare unitati contextus; at nobis non videtur ideo contextus unitas destrui, scilicet modo eodem tempore, nulloque actu extraneo interveniente, solemnitates adhibeantur, unitas illa adest; jam autem, dum plures in iisdem tabulis testantur, et ambo declarant in illis contineri voluntatem suam, illisque tabulis in dorso earum subscribunt una cum notario et testibus, nihil videtur contingere contextus unitati repugnans.

§ XII.

Agnoscunt mores nostri testamenta privilegiata juxta legum Romanorum dispositionem, et ita privilegiatum est testamentum principi oblatum (*L.* 19 *cod. de testam.*); privilegiatum quoque est testamentum tempore pestis conditum, in quo non requiritur simultanea testium praesentia (*L.* 8 *cod. eod.*); sicuti etiam testamentum rusticorum, si sufficientem testium numerum vel eorum, qui scribere sciunt, invenire nequeant (*L. ult. cod. eod.*); similiter privilegiatum est testamentum patris inter liberos (*L.* 21 § 1 *cod. de testam.*, *et Nov.* 107); ex quibus videtur colligi, quod valeat testamentum a patre propria manu scriptum, licet nulli testes adfuerint, modo plenis litteris, non signis aut notis scriptum sit, et diem adjectum habeat; ubi vero aliena manu scriptum est, duo testes requiruntur; haec ita, modo inter liberos pater testetur et haec hodie servantur (Wynants *dec.* 178, *et* 179): quod si extranei mixti sint, quoad illos non valebit dispositio, excepto legato extraneo relicto (*Nov.* 107 *cap* 1), modo hoc casu propria testatoris manu scriptum sit, et duobus testibus praelectum.

§ XIII.

Excepto peculio castrensi vel quasi castrensi, filiifamilias jure Romano testari non poterant. Ast moribus filiifamilias puberes testari de omnibus bonis possunt, etiam de illis quorum usumfructum pater habet, non tamen de bonis devolutis; licet enim in locis, ubi jus devolutionis obtinet, bona parentis superstitis vinculata sint liberis, in tantum ut parens superstes de iis disponere nequeat, ea tamen bona liberorum nondum sunt, nam devolutio tantum spem certam, non vero dominium liberis tribuit, adeo quidem ut liberis ante parentem defunctis appareat eos nullum unquam jus in illis bonis habuisse.

TITULUS II.

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHEREDANDIS.

§ I.

Diximus § *XIII. tit. praeced.* parentum testamenta minus solemnia inter liberos facta valere; secus obtinet si agatur de exheredatione liberorum, odiosa est enim et strictae interpretationis exheredatio, unde ad eam omnes solemnitates adhiberi debent etiam hodiedum, illae scilicet, quae edicto perpetuo requiruntur. Licet pleraque a Romanis in hac materia statuta moribus exoleverint, non erit tamen inutile ea pervolvere, ut animadvertamus quam difficile fuerit liberos cum effectu exheredare.

Lege *XII. tabb.* permittebatur patribusfamilias jus testandi prout vellent; sed cum hoc jure quandoque abuterentur instituendo extraneos in praejudicium liberorum suorum, J. C. interpretationibus suis effecerunt ut testamentum, in quo liberi praeteriti essent, corrueret, et ita patribusfamilias imposuerunt necessitatem liberos instituendi vel exheredandi, quod sane liberis valde utile orat, cum non facile pater filium exheredare possit, praecipue cum in exheredatione multa observari deberent. Ut hanc necessitatem inducerent J. C. usi sunt hoc colore, quod liberi in potestate videntur unam personam facere eum patre, et adeo vivo adhuc patre viderentur domini rerum paternarum, quod dominium post mortem patris in illis continuatur; ex quo fluebat patrem non posse dominium illud in extraneum transferre, nisi prius illud a liberis ademerit, non possunt enim duo ejusdem rei in solidum esse domini, ademptio autem illa non aliter fieri poterat, quam per exheredationem (*L. 11 ff. h. t.*); et ita introduxerunt ut pater necesse haberet liberos, qui proximum in potestate locum obtinent, heredes instituere; non tamen omnibus illis, qui proximum in potestate locum obtinebant, jus illud tributum est, sed tantum filiisfamilias, ita ut filia praeterita, vel nepos, qui proximum in potestate locum obtinebat, hoc jure non frueretur, sed partem tantum ab herede scripto avocaret: verum Justinianus in *L. ult. cod. de liberis praeteritis* statuit, ut idem juris esset in filiabus et nepotibus, quam in filiis.

Liberos emancipatos quod attinet, hi nec instituti, nec exheredari debebant; sed praetor iniquam judicans hanc distinctionem inter liberos, eis dedit bonorum possessionem contra tabulas testamenti, ut adeo, licet testamentum *ipso jure* valeat, rescindatur tamen per praetorem. Quod si agatur de matre, illa, quia liberos in potestate non habebat, non debuit eos instituere, vel exheredare; unde licet eos praeterest, valet testamentum, et liberi non habent aliud remedium, quam querelam inofficiosi testamenti, ita ut praeteritio matris habeatur pro exheredatione; idemque est de avo materno.

§ II.

Ad valorem testamenti non sufficit ut eos, quos in potestate habemus, quocumque modo instituamus vel exheredemus, sed in eorum institutione vel exheredatione quaedam sunt observanda, et hoc § videbimus quomodo institui debeant.

Institui debent pure, non vero sub conditione, nisi sit conditio, quae in eorum potestate sit, vel si sit casualis, non nisi sub contraria exheredentur (*L. 4 ff. de hered. inst.*); scilicet, dum sub conditione casuali instituuntur, casu quo conditio deficeret, reperirentur praeteriti, quae praeteritio consequenter redderet testamentum nullum. Aliud est, dum sub contraria exheredantur, v. g. *filius meus heres esto, si navis ex Asia venerit; quod ei non venerit exheres esto*; nam tunc in omnem casum est institutus, vel exheredatus (*L. 86 ff. de hered. inst.*, *L. 4 cod. de inst. et de subst.*); dum vero filius scribitur heres sub conditione potestativa, tunc necesse non est, ut sub contraria exheredetur, quia sibi imputare debet filius quod eam non impleat (*L. 86 ff. de hered. inst.*); hinc si filius instituatur sub conditione naturaliter aut civiliter impossibili, institutio est nulla.

§ III.

Vidimus filium posse institui sub conditione potestativa, unde si eam non adimpleat, heres ex testamento non erit, et si coheredem habeat, coheres ille, ut adeat, non debet expectare donec conditioni pareat filius, quoniam, sive ei pareat, sive non, equidem certum est testamentum mansurum validum (*L. 4 ff. de hered. inst.*). Sed quid si coheredem non habeat, et moriatur non impleta conditione? Tunc si substitutum non habeat, distinguendum est, scilicet duplicis generis sunt conditiones potestativae; aliae tales sunt, ut possint impleri ultimo vitae momento, ut *si Titio decem dederit*; aliae tales, ut ultimo vitae momento certum sit eas impleri non posse, ut *si Alexandriam iverit*. Si ponamus filium sub posteriori conditiono scriptum, et moriatur antequam eam impleverit ultimo vitae ejus momento, certum est quod haec conditio nunquam extitura sit, et adeo quod nemo ex testamento heres futurus sit, et ita ultimo vitae ejus momento deferetur successio ab intestato, sicque momento quo moritur, cum tunc adhuc vivat, existet heres patri suo ab intestato, non enim debet adire, cum sit suus heres. Si vero ponamus eum scriptum sub conditione *si decem det*, si moriatur ante impletam conditionem, non erit heres patri, nec ex testamento, quoniam deficit conditio, nec ab intestato, quia, cum possit unico instanti conditio impleri, momento mortis nondum est certum conditionem non extituram: sic nondum certum est eum heredem ex testamen-

to non fore, sed id demum post mortem ejus certum erit; adeoque hereditas patris ab intestato tantum deferetur post mortem filii, quo tempore non potest amplius heres existere (*L.* 5 *ff. de hered. inst.*).

§ IV.

Hinc intelligitur decisio J. C. in *L ult. ff. de cond. inst.*, ubi filius scriptus erat heres sub conditione potestativa, et nepotes ex eo erant ipsi substituti: mortuus erat filius non impleta conditione: certum est quod nepotes ex substitutione admittantur; sed an vivo filio, an post mortem ejus? Distinguit J. C an sub tali conditione sit scriptus filius, quae ultimo vitae momento impleri non poterat, quo casu, momento quo moriebatur certum erat institutioni nunquam locum fore, adeoque eo momento hereditas deferebatur nepotibus, sicque in vita filii admittuntur nepotes ad successionem avi. Si vero talis sit conditio, quae adhuc ultimo vitae momento impleri poterat, jam nonnisi post mortem filii certum est eum heredem non fore, adeoque nonnisi post mortem filii nepotes ad hereditatem avi ex substitutione admittuntur; additque J. C. quod in hoc posteriori casu nepotes, si filio substituti non fuissent, avo suo extitissent heredes ab intestato, nam, ut ante diximus, si in isto casu filius substitutum non haberet, nonnisi post mortem ejus, certum esset neminem ex testamento heredem fore; adeoque, nonnisi post ejus mortem hereditas avi ab intestato deferretur, cum autem illo tempore nepotes non amplius praecedantur a filio, sed avo sunt proximiores, ei ab intestato successissent.

§ V.

Huc spectat *L.* 16 *ff. h. t.*, in qua pater instituerat filium suum heredem, et nepotes ex eo substituerat, praeterierat autem posthumum suum: cum tamen uxor ejus esset ventre plena, filius patre mortuo decessit, antequam certum esset an nasceretur posthumus, necne: ait J. C. quod si posthumus postea non nascatur, puta ex eo quod uxor abortum faciat, nepotes sint futuri sui heredes tam patri, quam avo, nempe avo vi substitutionis, cum enim in vita filii semper incertum fuerit an posthumus nasceretur, vel non, seu an testamentum rumperetur, nunquam filio, licet heredi scripto, hereditas delata fuit ex testamento, nec etiam ab intestato, quoniam non erat certum testamentum rumpendum esse; sed cum post mortem filii mulier abortum fecerit, ab eo momento certum est testamentum non rumpendum, adeoque ab eo momento hereditas delata fuit ex testamento; cum autem filius jam sit mortuus, nepotes ex substitutione heredes sunt avo, et quidem sui, cum a nemine praecedantur. Addit J. C. quod si in casu filius non haberet substitutum, nec etiam coheredem, moriens esset heres patri suo ab intestato, scilicet tunc momento mortis certum esset neminem ex illo testamento heredem fore, licet postea posthumus nasceretur, vel non, cum solus filius heres scriptus supponatur; adeoque eodem momento hereditas ab intestato deferretur, sicque, cum momento mortis adhuc vivat filius, existeret tunc ipso jure heres ab intestato. Eodem modo ait J. C., ut in casu, quo filius solus scriptus heres esset sub conditione potestativa, quod intelligendum est de tali conditione potestativa, quae ultimo vitae momento impleri non potest, juxta distinctionem quam fecimus ex *L. ult. ff. de cond. inst.*, alias illa lex contradiceret *d. L.* 16.

Obj. quod in casu *d. L.* 16, dum filius solus scriptus erat heres, praeterito posthomo, eo morieute certum non erat testamento locum non fore; si enim mulier illo momento abortum faceret, certum esset testamentum non esse rumpendum, adeoque quamdiu filius vivit, cum incertum sit an vivo eo mulier non sit factura abortum, incertum est etiam eo testamento futurus sit locus, vel non; adeoque moriente filio non defertur hereditas ab intestato, sed tantum post mortem ejus. ℟. quod mulier unico momento abortum facere nequeat, id enim tractum temporis requirit, sicque, dum supponimus quod filio moriente nondum coeperit parturire, momento quo filius moritur, certum est eo vivo mulierem non facturam abortum, sicque certum est eodem momento filium nunquam heredem futurum ex testamento, et cum solus sit, certum est neminem heredem fore ex illo testamento; adeoque eodem momento hereditas defertur ab intestato, sicque filius moriens ipso jure erit heres patri suo ab intestato.

Obj. *L.* 84 *ff. de acquir. vel amitt. hered.*, versu *sed et si vacua ventre*; ubi etiam filius erat heres scriptus a patro, et cum incertum esset an uxor testatoris posthumum ederet, vel non, interim filius mortuus erat, et deinde mulier non pepererat: ait J. C. quod filius intelligatur heres fuisse patri ex testamento; ergo a pari in casu *d. L.* 16. ℟. Disparitas est quod in casu *L.* 16 uxor testatoris revera gravida esset, adeoque testamentum in eo statu erat, ut rumpi posset, sicque, cum filius sit mortuus antequam abortum faceret mulier, nunquam ei hereditas ex testamento delata fuit. Sed in *L.* objecta agitur de casu, ubi mulier putabatur quidem gravida, quae revera ventre vacua erat, sicque ibi certum erat testamentum nunquam rumpendum esse, adeoque non filium ab initio heredem fuisse ex testamento. Nec quidquam facit quod filius forte putaret ventrem fuisse plenum, nam licet hoc putaret, non tamen ideo minus certum erat eum vacuum esse, adeoque non ideo minus hereditas ei deferebatur ex testamento; ut enim sui existant heredes, sufficit eis defer-

*

ri hereditatem, licet hoc ignorent. Aliud est in extraneis, illi enim scire debent sibi delatam esse hereditatem; unde si in casu *d. L.* 84 extranei instituti essent, hereditatem adire non possent, quamdiu mulier gravida putaretur, quae tamen gravida non esset.

Objiciuntur verba finalia *d. L.* 84: *ergo si ventre plena sit mulier, nonne iniquum erit interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est.* Jam autem, inquiunt, J. C. male locutus fuisset, si filius ille moriens patri suo heres ab intestato extitisset. R. Supponi debet J. C. loqui de filio, qui non erat solus scriptus heres, sed cui coheres vel substitutus datus erat, quo casu filius moriens non extiterat heres patri suo ab intestato, quoniam memento quo moreretur, non esset certum neminem ex testamento heredem fore; est quidem verum J. C. nullam facere mentionem coheredis, vel substituti; sed nisi hoc supponamus, videtur impossibile illam legem conciliare cum *d. L.* 16, et principiis juris.

§ VI.

Nunc de exheredatione. Praenotandum Justinianum sustulisse differentias, quae olim intercedebant in exheredatione filiorum et exheredatione filiarum et nepotum, ita ut pro omnibus eadem sit exheredatio; debent enim omnes exheredari nominatim, pure, a tota hereditate, ab omnibus heredibus, et ab omnibus gradibus heredum.

Itaque imprimis non valet exheredatio facta inter caeteros, seu hac forma *caeteri exheredes sunto*: non tamen praecise necesse est, ut testator nomine filii in exheredatione exprimat, sed sufficit modo eum clare demonstret (*L. 1 et 2 ff. h. t.*); imo valet etiam exheredatio, si contumelioso nomine filium moeet, ut si dicat *filius meus non ex me, sed ex adulterio natus exheres esto* (*L. 3 ff. h t.*), quo casu, licet hoc falsum sit, valebit tamen exheredatio; quod ita intelligendum est, mode pater non ideo eum exheredet, quia eum adulterinum putat, nam si ideo eum exheredaverit, et probetur hoc falsum esse, nulla erit exheredatio defectu voluntatis in exheredante (*L.* 14 *§ ult. et L.* 15 *ff. h t.*).

§ VII.

Debet exheredatio fieri pure, non sub conditione, ut de institutione *§ III huj. tit.* diximus. Caeterum dum filius sub conditione casuali exheredatur, et sub contraria instituitur, debet una vel altera conditio existere in vita filii; unde si filius esset exheredatus sub conditione *si navis ex Asia venerit*, institutus vero, *si non venerit navis*, et filius moreretur antequam navis venisset, vel certum esset non venturam, moriens existeret heres patri suo ab intestato; cujus ratio est, quod filius in vita sua debeat exheredari vel institui, in casu autem non reperitur in vita sua institutus, nec exheredatus, cum neutra conditio extiterit, atque adeo eo moriente appareret patrem nulliter fuisse testatum (*L. 28 ff. h. t., L.* 13 *§ 2 eod.*).

§ VIII.

A tota hereditate debet fieri exheredatio, ut adeo non valeret ea, quae fieret a parte hereditatis, ut v. g. *filius meus exheres esto a semisse hereditatis*: ratio est, quod tunc ab alio semisse esset praeteritus, adeoque quoad illum semissem testamentum non posset habere effectum; jam autem nemo potest mori partim testatus, partim intestatus (*L.* 19 *ff. h. t.*).

§ IX.

Debet fieri exheredatio ab omnibus heredibus; id est, si testator plures heredes instituat, non potest filium suum ab uno eorum tantum exheredare, sed ab omnibus exheredare debet, alias praeteritus esset ab aliis heredibus, seu praeteritus esset a parte hereditatis, quoniam singule heredi pars hereditatis destinatur. Caeterum censetur filius sufficienter ab omnibus heredibus exheredatus, dum pater eum simpliciter exheredat, dicendo v. g. *filius meus exheres esto*, in quacumque parte testamenti verba illa scripta sint (*L. 3 § 1 ff. h. t.*), modo non restrinxerit pater exheredationem ad unum heredem, ut si dixisset *Titius heres esto exheredato filio meo, Maevius heres esto*; nam tunc, cum restricta sit exheredatio ad institutionem Titii, non afficeret institutionem Maevii, filius esset a Maevio praeteritus, et sic testamentum esset nullum.

§ X.

Tandem ab omnibus gradibus debet fieri exheredatio, id est, si testator substitutiones vulgares faciat, ab omnibus gradibus liberos exheredare debet; sed iterum notandum, quod si simpliciter exheredatio facta sit in quacumque parte testamenti, censebitur facta ab omnibus gradibus (*L. 3 § 3, 4 et 5 ff. h. t.*), modo non sit restricta ad unum gradum, nam si ita testator dixisset, *Titius heres esto, exheredato filio meo. si Titius heres non sit, Maevius heres esto*, filius a primo tantum gradu esset exheredatus, et a secundo esset praeteritus.

Notandum quod, dum filius ab aliquo gradu est exheredatus, ab aliquo praeteritus, non ideo totum testamentum nullum est, sed illi tantum gradus nulli sunt, a quibus praeteritus est, illi autem, a quibus exheredatus est, valent: sic in exemplo mox allato primus gradus seu institutio Titii valebit, secundus

autem gradus erit nullus, ut adeo, si Titius deficiat, Maevius substitutus non sit admittendus (*L. 8 ff. h. t.*), et viceversa, si a primo gradu praeteritus esset filius, a secundo exheredatus, primus gradus erit nullus, et testamentum incipiet a secundo gradu (*L. 3 § ult. ff. h. t.*); unde decidit J. C. quod si pater instituat Titium heredem, praeterito filio suo, eique substituat eumdem filium, institutio Titii non valeat, adeoque filius vi substitutionis ex testamento heres erit (*L. 75 ff. de hered. inst.*, *L. 43 § 2 ff. de vulg. et pupill. subst.*).

Sed quare, dum filius ab uno heredum praeteritus est, non tantum institutio illius heredis est nulla, sed totum testamentum nullum est, et tamen non est idem, dum ab uno gradu heredum est praeteritus? Disparitas est quod, dum plures heredes simul instituuntur, quoniam singulis heredibus pars hereditatis destinatur, praeteritio filii ab uno heredum facit, ut a parte hereditatis praeteritus sit, adeoquo totum testamentum est nullum, cum nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere possit; sed dum ab uno gradu heredum est praeteritus, ab alio exheredatus, quoniam singulo gradui tota destinatur hereditas, filius tunc est exheredatus a tota hereditate illi gradui destinata, adeoque ille gradus, a quo in totum exheredatus est filius, valere debet; dico in *totum*, nam si tantum a parte illius exheredaretur, foret etiam in totum nullus ille gradus, v. g. si sic scriptum sit, *Titius heres esto, exheredato filio meo, Maevius heres esto, si Titius et Maevius heredes non sint, Cajus heres esto*, secundus gradus nullus erit, quoniam ab eo praeteritus est filius; item primus gradus nullus erit, nam cum in primo gradu scripti sint duo heredes, et tantum ab uno eorum filius exheredatus sit, est praeteritus a parte hereditatis, quae isti gradui destinata erat.

§ XI.

His requisitis ad valorem exheredationis aliqui addunt, exheredationem debere fieri ob justam causam, eaque causa testamento exprimi ex *Nov.* 115. Sed verius est hoc non requiri, non enim ibidem dicit imperator exheredationem sine expressione causae nullam esse, sed testamentum *rescindi, evacuari*; quae verba manifeste supponunt testamentum valere, adeoque non correxit imperator jus vetus, quod non requirebat justam causam ad valorem exheredationis. Itaque nota differentiam inter exheredationem non rite factam, et non juste factam, seu factam sine causa vel sine causae expressione; nempe, dum non rite facta est, exheredatio nulla est, habetur pro praeteritione, et adeo testamentum est nullum; quando vero non juste facta est, valet, et necesse est recurrere ad querelam inofficiosi testamenti; itaque testamentum, in quo liberi in potestate praeteriti sunt, omnino nullum est, ita ut nihil ex illo testamento debeatur, nec per illud rumpatur prius testamentum, quod testator ante fecerat, idque etiam si liberi morerentur ante patrem (*L. 7 ff. h. t.*); si tamen liberi praeteriti abstineant se ab hereditate paterna, praetor ex aequitate voluntatem testatoris tuebitur (*L. 17 ff. de injusto rupto etc.*).

§ XII.

Haetenus vidimus de liberis jam natis tempore testamenti facti, et proximum in potestate locum obtinentibus: nunc de posthumis dicendum. Illi proprie dicuntur posthumi, qui post mortem patris nascuntur, et eorum quidem praeteritio non reddit testamentum ab initio nullum, cum incertum sit an sint nasciturí; sed si nascantur, testamentum rumpunt; itaquo, si hoc praecavere vellet testator, debet eos instituere, vel exheredare; et quamvis jure veteri statutum esset non posse personam incertam heredem institui, nec personae incertae legari, et posthumi inter personas incertas reputentur, placuit tamen posthumos institui posse heredes, modo sui essent et pure instituantur, ut de aliis diximus: excipitur tamen casus, ubi posthumus nasceretur, postquam conditio sub qua scriptus est esset impleta, nam tunc nascens reperiret se pure institutum, et adeo testamentum non rumperet (*L. 22 ff. h. t.*). In eo ergo differt posthumus a filio jam nato, cujus institutio sub conditione facta ab initio nulla est: caeterum potest posthumus simpliciter institui, vel hoc modo, *sive me vivo, sive me mortuo nascatur, heres esto*, et utroque casu posthumus erit institutus, quandocumque nascatur: quod si unum tantum casum expresserit testator v. g. *si filius me vivo nascatur, heres esto*, et alter casus existat, non erit institutus, et ita testamentum rumpet (*L. 10 ff. h. t.*). Quam decisionem non videtur abrogasse imperator in *L. ult. cod. de posth. hered. inst.*, ubi statuit quod si institutus sit posthumus hoc modo, *si quis mihi nascatur intra decem menses post mortem meam, heres esto*; si nascatur vivo testatore non rumpet testamentum, quia habebitur ut institutus, nam in formula quam imperator proponit, licet testator mentionem fecerit nativitatis post mortem, non tamen evidenter exclusit casum, quo nasceretur in sua vita, quia tantum reflexit ad spatium decem mensium, ut adeo diei poterit filium censeri institutum ex voluntate patris, licet eo vivo nascatur; sed in formula *L.* 10 testator unum casum exprimendo videtur exclusisse alterum.

Quod attinet exheredationem posthumorum inter filios et filias, item nepotes, post *L. ult. cod. de lib. praet. vel exher.* nulla amplius facienda distinctio, ut jam monuimus § *VII huj. tit.*

Notandum quod posthumus omnes gradus, a quibus praeteritus est, nascendo rumpat, nec illi tan-

tum vitiantur, sed etiam omnes subsequentes, licet ab illis exheredatus sit; itaque in hoc exemplo, *Titius heres esto, si Titius heres non sit, Maevius heres esto. exheredoto posthumo*, posthumus nascens rumpet primum gradum, a quo est praeteritus, secundus gradus etiam vitiabitur, licet ab eo exheredatus sit; quod contrarium est in filio jam nato. Ratio disparitatis est, quod posthumus nascens rumpendo gradum ponat se in locum gradus, quem rumpit, et sic praeoccupat gradus subsequentes, eosque excludit, licet ab illis exheredatus sit; sed ubi filius jam natos ab uno gradu est praeteritus, filius illum gradum non rumpit, nec in ejus locum se ponit, cum ab initio nullus sit ille gradus, quasi non foret scriptus, et adeo testamentum tantum incipit a secundo grado, a quo filius supponitur exheredatus.

§ XIII.

Hinc intelligi poterit *L.* 14 *ff. h. t.* Posthumus erat exheredatus a primo gradu, et a secundo praeteritus, v. g. ita dixerat testator, *Titius heres esto, exheredato posthumo, si Titius heres non sit, Maevius heres esto*: imprimis certum est quod, si posthumus nascatur, primus gradus non rumpatur, cum ab eo exheredatus sit, nam vitiatur quidem gradus, a quo praeteritus est, omnesque subsequentes, licet ab iis exheredatus sit, sed non antecedentes, a quibus exheredatus est (*L.* 3 § *ult. ff. de inj. rupt.*). Itaque in casu, non obstante nativitate posthumi, primo gradui locus erit, sed secundus gradus, ait J. C., vitiabitur, utpote a quo praeteritus est; idque non tantum verum est, si nascatur eo tempore quo hereditas jam erat delata secundo gradui, ex eo quod primus gradus repudiasset, sed etiam quamvis nasceretur dum hereditas adhuc versatur in primo gradu, seu eo tempore quo institutus in primo gradu adhuc deliberat, adeo ut primo gradu postea deficiente, secundo utpote rupto locus non sit futurus, imo, quod magis est, licet posthumus moriatur antequam primus gradus repudiasset, et tunc primus gradus repudiaret, adhuc secundo gradui locus non erit, quia sufficit quod ruptus fuerit, et sic successio deferetur ab intestato. Inde ulterius infert Africanus in versu *ita et si*, quod si posthumus a primo gradu sit exheredatus, a secundo praeteritus, et a tertio exheredatus, nascatur autem posthumus eo tempore quo primus gradus adhuc deliberat, et eo deliberante moriatur posthumus, et tunc primus gradus repudiet, non sit admittendus tertius gradus, utpote eum tam tertius quam secundus vitiatus sit, sed sint admittendi heredes ab intestato. Tandem in versu *nam et cum* supponit testatorem duos heredes scripsisse, et singulis eorum substituisse, posthumum vero ab institutis, non autem a substitutis exheredatum esse, testator v. g. dixerat: *Titius heres esto, exheredato posthumo, Maevius heres esto, exheredato posthumo, si Titius heres non sit, Cajus heres esto, si Maevius heres non sit, Sempronius heres esto*; certum est quod per nativitatem posthumi primus gradus non rumpatur, sed secundus tantum; itaque poterunt Titius et Maevius hereditatem adire. Sed si v. g. Titius deficiat, Cajus substitutus ejus non admittetur, licet, ut ait J. C., *posthumus excludatur*, id est, licet ponamus casum quo posthumus decessisset, utrove ex institutis adhuc deliberante, etenim eum posthumus ruperit secundum gradum, a quo praeteritus est, Cajus in secundo gradu scriptus heres esse non poterit; imo si ponamus quod Titius deficiat, nequidem Maevius, qui simul cum Titio heres scriptus est, hereditatem adire poterit (*L.* 19 *ff. de inj. rupt.*); quia statim ac Titius deficit, Cajus ejus substitutus una cum Maevio vocatur; jam autem substitutio Caji erat rupta per nativitatem posthumi, qui posuit se in ejus locum, utpote ab eo praeteritus; cum itaque Cajus non possit esse heres, sed pro ejus parte hereditas deferatur ab intestato, etiam Maevius heres esse non poterit, cum non possit quis pro parte testatus, pro parte intestatus mori, et ita tota hereditas ab intestato deferetur. Inde infert J. C. in § 2 *d. L.* 19, quod si ego et Titius simul heredes scripti simus, et ab utroque ex nobis posthumus exheredatus sit, singulo autem ex nobis substitutus sit datus, et a substitutis nostris posthumus sit praeteritus, infert, inquam, J. C. quod nec ego sine Titio, nec Titius sine me adire hereditatem possit, sed quod debeamus ambo simul adire; scilicet, si ego solus adirem, Titio adhuc deliberante, incertum esset an heres esse possem, quoniam, Titio omittente, cum ab ejus substituto posthumus exheredatus non sit, rumperetur totum testamentum, juxta id quod dixerat in *princ. L.*

Aliam speciem proponit in § 1 *ejusd. L.*, scilicet supponit quod ego et Titius scripti simus heredes, quodque ego sim substitutus Titio, et Titius mihi, testator autem exheredaverit posthumum ab institutione, sed non a substitutione: ait J. C. quod, licet posthumus natus sit, et Titius repudiaverit, possim tamen adire hereditatem, et sim futurus heres ex asse; scilicet quamvis sim Titio substitutus, et a me tanquam substituto posthumus sit praeteritus, deficiente Titio non auferam ejus partem vi substitutionis, sed jure accrescendi, cum tantum duo scripti simus, et nemo alter sit Titio substitutus; itaque vi institutionis totam hereditatem auferam, cum a me tamquam instituto posthumus exheredatus sit, et substitutio habeatur pro supervacua.

Caeterum quod diximus, per posthumi nativitatem non tantum vitiari eum gradum, a quo praeteritus est, sed etiam gradum sequentem, licet ab eo sit exheredatus, ita restringendum est, nisi gra-

dus, a quo praeteritus est, jam foret annullatus, ita ut tempore quo nasceretur posthumus, hereditas jam esset delata gradui sequenti, a quo exheredatus est; v. g. si a primo gradu praeteritus sit posthumus, a secundo exheredatus, vitiabitur quidem etiam secundus gradus, in supposito quod posthumus nascatur eo tempore, quo hereditas adhuc versatur in primo gradu. Sed si ponas primum gradum jam inde defecisse, et consequenter hereditatem esse delatam secundo gradui, et tunc tantum posthumum nasci, non erit vitiatus secundus gradus, quia quando posthumus nascebatur non potuit rumpere primum gradum, quoniam jam nullus erat, seu defecerat, adeoque non potuit se ponere in locum ejus, et excludere secundum gradum, nec etiam potuit rumpere secundum gradum, cum ab eo exheredatus sit. Sic quoque, si ponas primum gradum sub conditione scriptum esse, et ab eo posthumum praeteritum, a secundo autem gradu exheredatum esse, siquidem nascatur posthumus pendente conditione primi gradus, eum rumpet, sicque secundus gradus vitiabitur; sed si conditio primi gradus defecisset, et tunc posthumus nasceretur, non posset jam rumpere primum gradum, utpote qui modo erat nullus ob defectum conditionis, sicque non poterit etiam annullare secundum gradum (*L.* 5 *ff. de inj. rupt.*).

§ XIV.

Hactenus vidimus de vero posthumo, et quidem de eo qui, si natus fuisset tempore conditi testamenti, proximum in potestate testatoris locum obtinuisset. Datur adhuc alia species veri posthumi, qui vocatur Aquilianus, et ille est qui nascitur quidem post mortem testatoris, et tempore quo nascitur proximum in potestate ejus locum obtinet, sed tamen eum locum non habuisset, si natus fuisset tempore facti testamenti; v. g. si filius meus moriatur, relicta uxore gravida, et ex ea nepos nascatur post mortem meam, licet receptum sit ut posthumus possit institui heres, quamvis esset persona incerta, id tamen tantum receptum erat de illis, qui sui fuissent, si testamenti facti tempore nati fuissent, et ita cum posthumi, de quibus hic agimus, institui non potuerint, nascendo testamentum rumpebant: verum pro illis Gallus Aquilius formulam invenit, sub qua poterant institui heredes, quae refertur in *L.* 29 *ff. h. t.*, et talis est: ***si filius meus vivo me moriatur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata, erit, heredes sunto***; post quam formulam inventam potuerunt et illi heredes institui.

§ XV.

Quod attinet quasi posthumos, eorum varia sunt genera; alii enim nascuntur vivo testatore post factum testamentum, et dum nascuntur proximum in ejus potestate locum obtinent, iique vocantur Velleani ex primo capite legis Vellejae, quo permissum fuit eos heredes instituere, ne testamentum rumperent: alii sunt, qui jam inde nati erant tempore quo testamentum condebatur, sed qui tunc temporis non occupabant proximum locum in ejus potestate, verum postea eum occupare coeperunt, et dicuntur Velleani ex secundo capite legis Vellejae: v. g. si tempore quo condo testamentum habeam filium, et ex eo nepotem, utrumque in potestate, si me vivo filius meus moriatur vel emancipetur, nepos ex eo incipiet proximum in potestate locum obtinere, seu agnascetur mihi heres suus, et si eum heredem non instituerim, testamentum meum rumpet; ut ergo secure tester, non tantum filium meum instituere vel exheredare debeo, sed etiam nepotem ex eo sub conditione, si filius meus me vivo moriatur, aut alio modo de potestate mea exeat (*L.* 19 *ff. de inj. rupt.*). Alii posthumi, qui Juliani nominantur, sunt qui nascuntur post testamentum factum, tempore autem quo nascuntur non occupant proximum locum in potestate patris, sed eum postea ante mortem patris occupare incipiunt, ut si tempore quo testor, filium habeam, et ex eo postea nascatur nepos, si filius meus moriatur, nepos ille incipiet occupare proximum in potestate mea locum: de hoc quasi posthumo non loquebatur lex Velleja, sed ad exemplum hujus Julianus eum posse institui heredem putavit, in eum casum nempe quo per mortem patris proximum in potestate avi locum obtineret (*L.* 29 § 15 *ff. h. t.*). Alia species posthumi est, si testator facto testamento aliquem arroget vel adoptet, jure veteri nempe quando adoptatus transibat in potestatem adoptantis, vel jure novo in illa adoptione, qua ascendens adoptat descendentem (*L.* 8 *ff. de inj. rupt.*). Tandem alias species posthumorum referunt *L.* 15 *ff. de inj. rupt.*, *L.* 28 § 1 *ff. h. t.*, et *L.* 33 § 3 *ff. de testam. militis*.

De omnibus illis posthumis et quasi posthumis idem juris est, scilicet statim ac sui heredes testatori existunt rumpunt testamentum, in quo praeteriti sunt. Est tamen notanda differentia inter casum, ubi testamentum rumpitur per agnationem veri posthumi, et casum ubi per agnationem quasi posthumi rumpitur; scilicet, dum rumpitur per verum posthumum, licet ille statim moreretur, non convalescit testamentum; dum vero rumpitur per quasi posthumum, isque quasi posthumus moritur ante testatorem, testamentum jure praetorio convalescit (*L.* 12 *ff. de inj. rupt.*): nempe posteriori casu, cum quasi posthumus ante testatorem sit mortuus, nullum jus unquam habuit ad hereditatem testatoris, nec illud consequenter ad heredes suos potuit transmittere; unde nihil obstat quominus huic testamento, licet juris subtili-

tate rupto, locus sit; sed ubi ruptum est per verum posthumum, vel etiam ubi quasi posthumus qui ruperat mortuus est post testatorem, tunc non tantum rupit, sed ipso jure heres extitit testatori, et moriens transmittit hereditatem ad heredes suos.

TITULUS III.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAMENTO.

§ I. Quandonam testamentum dicitur injustum vel nullum, quandonam ruptum.
§ II. Quid si testator dixerit in primo testamento, nolle se ut posterius valeret, nisi in eo reperirentur certa verba, v. g. *Arma virumque cano.*
§ III. Ut prius testamentum rumpatur per posterius, requiritur ut posterius valeat.
§ IV. Quid si in posteriori testamento testator aliquem instituerit heredem ex re certa, an prius testamentum ruptum erit.
§ V. Quid si testator condens secundum testamentum, in quo vocabat heredes suos ab intestato, moriatur antequam illud perfecerit.
§ VI. De constitutione Justiniani circa revocationem testamenti.
§ VII. Si testator coram septem testibus revocet testamentum, an erit infirmatum.
§ VIII. Si conjuges in iisdem tabulis testamentum condiderint, an unus, inscio alio vel forte praedefuncto, illud mutare poterit.
§ IX. Quid si moribus nostris maritus permittat uxori testari de bonis devolutis, an illum consensum revocare poterit.
§ X. Quandonam testamentum dicitur irritum, quandonam destitutum.

§ I.

Testamentum, vel ab initio nullas vires habet, vel ex postfacto vires amittit: prius contingit, quando testator solemnitates neglexit, vel liberos quos in potestate habebat praeteriit, et tale testamentum dicitur injustum vel nullum: ex postfacto infirmatur, vel officio judicis per querelam inofficiosi testamenti, vel ipso jure dum rumpitur, aut irritum fit, aut destitutum: testamentum dicitur rumpi, quando jus testamenti vitiatur, testatore manente in eodem statu, idque fit, vel per nativitatem posthumi, vel per confectionem secundi testamenti, vel quando testator illud laecrat aut comburit etc.; ideo autem secundum testamentum rumpit prius, quia nemo paganus potest cum pluribus testamentis decedere, unde dum plura facta sunt, naturale est ut posterius praeferatur.

§ II.

Sed quid, si in primo testamento testator clausulam adjecerit, qua derogat testamento postea faciendo, v. g. dixerit, quod si postea aliud testamentum faceret, nolit id valere, nisi in eo reperiantur certa verba, v. g. haec, *Arma virumque cano*, aut similia, et tunc secundum testamentum faciat, in quo ista verba non reperiuntur, an posterius testamentum valebit? Et verius videtur quod non valeat secundum testamentum, adeoque nec prius rumpatur: ratio est, quod non praesumatur testator voluisse ut secundum testamentum valeret; dixerat enim in primo nolle se ut secundum valeret, nisi dicta verba in secundo reperirentur; jam autem illa verba in eo non reperiuntur, sicque noluit ut secundum valeret.

Confirmatur ex *L.* 22 *ff. de leg* 3, ubi supponitur quod quis in initio testamenti scripserit se velle, ut cui bis legaret, ei non bis, sed semel tantum praestaretur: postea in fine testamenti vel in codicillis bis alicui legaverat: ait J. C. quod illi legatario bis debeatur, seu quod suprema voluntas potior sit eo, quod in initio testamenti voluerat; sed addit J. C. hoc tantum tunc verum esse, si specialiter dixerit se poenitere prioris voluntatis, et velle se ut, non obstante eo quod initio scripserat, legatarius bis acciperet; sicqua ut secunda voluntas exitum habeat, cui per anteriorem derogatum erat, requirit J. C. ut constet de mutatione prioris voluntatis; itaque in nostro casu idem dicendum erit.

Obj. quod nemo possit sibi eam legem dicere, ut a priori testamento recedere non liceret, sicque, non obstante eo, quod in priori dixerit se nolle ut secundum valeret, nisi in eo certa verba habeantur, secundum tamen valeat. R. quod, dum dicimus secundum testamentum non valere, non ideo hoc dicamus quasi potestatem non habuisset testator condendi secundum sine his verbis, sed quasi voluntatem non habuerit ut secundum valeret; cum enim sciret quod in primo scripserat, et in secundo nullam mentionem de eo fecerit, nec ostenderit se velle ut, non obstante eo quod in primo scriptum erat, secundum valeret, censetur remansisse in voluntate, quam in primo expresserat. Nec dicas quod forte oblitus fuerit ejus, quod in primo scripserat, id enim non praesumitur potius quam contrarium, et licet forte oblitus fuerit verborum, quae in primo posueral, poterat tamen dicere se velle ut secundum valeret, licet verba de quibus in primo facta est mentio, et quorum nunc oblitus est, in eo non habeantur. Non obstat quoque quod secundum condiderit adhibitis omnibus solemnitatibus, adeoque quod per hoc satis ostenderit se serio velle ut valeret, nam id non sequitur; potuit enim secundum condidisse per sollicitationem aliquorum, a qua ut se liberaret, secundum condidit sciens bene id non valiturum, si verba, quae in primo scripta erant, in eo non haberentur, et ideo forte in priori clausulam illam addidit, quia praevidebat se sollicitatum iri ad aliud condendum.

Quod attinet *L.* 6 § 2 *ff. de jure codic.*, ubi supponitur quod testator in testamento dixisset, quod non alias codicillos valere vellet, quin sua

mano scripti essent et signati, ait J. C. quod si postea codicilli inveniantur, nec ab eo signati, nec ab eo scripti, ii tamen valeant, quia ea quae posterius geruntur, prioribus derogant; nam illa lex audienda est de casu, ubi constat quod testator voluerit, ut codicilli quos postea fecit valerent, licet ab eo scripti non essent, adeo ut constet eum recessisse a voluntate, quam in testamento expresserat.

§ III.

Ut autem prius testamentum rumpatur per posterius requiritur, ut posterius validum sit, et plene perfectum, ita ut ex eo possit heres existere; itaque si testator incoeperit posterius condere, et morte praeventus non perfecerit, prius in suo statu manebit. Nec dici potest quod ostenderit testator se nolle ut priori testamento locus sit, qui enim secundum testamentum facere incipit, non ostendit praecise quod excludat eos, qui in primo scripti sunt, sed ostendit tantum quod id faciat in favorem eorum, quos in secundo scribet heredes, adeo ut revocationem suspendat quodammodo a valore secundi, ut si secundum perfectum non sit, primo adhuc adhaereat; itaque non rumpitur prius testamentum, si in posteriori solemnitas aliqua neglecta fuerit, vel si liberi in eo praeteriti sint.

Quod si heres in secundo testamento scriptus deficiat, et ita secundum testamentum destituatur, an primo locus erit? ℟. negative; ut enim prius rumpatur, necesse non est ut ex secundo heres existat, sed sufficit modo existere possit: sic quamvis testamentum non sortiatur effectum, nisi ex eo heres existat, existentia tamen heredis non spectat ad perfectionem, vel substantiam testamenti, sed tantum ad ejus executionem, eum testamentum valeat ab initio, modo in eo aliquis heres scriptus sit, et observatae sint solemnitates; itaque statim ac hoc contingit, prius ruptum est.

Unde, si testator in posteriori testamento praeterierit posthumum, et ille natus sit, nec primo, nec secundo testamento locus erit, scilicet secundum ruptum est per posthumum, et primum ruptum fuit per secundum; secundum enim ab initio fuit validum, et tale ut ex eo potuerit heres existere, poterat enim posthumus non nasci (*L.* 3 § 4 *ff. h. t.*).

Sic etiam, si in secundo testamento scribam heredem sub conditione; siquidem vera conditio sit, statim rumpetur prius, licet postea conditio non existat, sufficit enim quod potuerit existere, sicque quod ex secundo potuerit aliquis heres esse; si vero heres in secundo testamento scriptus sit sub conditione de praeterito vel de praesenti, v. g. *si Titius nunc consul est*, vel *si Titius consul fuit*, tunc non est proprie conditio, sed institutio sic facta vel statim valet, et est pura, si nempe verum sit Titium consulem fuisse, adeoque hoc casu testamentum rumpetur, vel institutio statim est nulla, sicque statim certum est neminem heredem futurum, quo casu non erit ruptum prius testamentum.

Contra id quod diximus objici potest *L.* 7 *ff. de adimendis vel transferendis leg.*, ubi quod uni pure legatum erat, alteri postea sub conditione legatum supponitur: ait J. C. quod non videatur recessum a primo legato, nisi conditio adjecta secundo legato existat; ergo ubi institutio in secundo testamento sub conditione facta est, non videtur etiam prius rumpi, nisi conditio existat. Sed disparitas est, quod in casu objecto ademptio primi legati colligatur unice ex secundo legato, quod secundum legatum cum sub conditione sit, ademptio eamdem conditionem in se habet; sed ubi institutioni in secundo testamento factae adjecta est conditio, licet institutio conditionalis sit, ipsum tamen testamentum conditionale non est, sed statim valet; adeoque, cum non possit quis decedere cum pluribus testamentis validis, prius statim est ruptum.

§ IV.

Quid si in priori testamento testator aliquem instituerit heredem ex re certa, v. g. ex fundo Tusculano? Nihilominus prius ruptum erit: ratio est quod, dum unicus est heres scriptus ex re certa, ille, detracta mentione rei certae, habeatur ac si heres ex asse scriptus esset, et totam consequenter hereditatem habeat. Quod si testator in secundo testamento adjecerit se velle, ut heres in eo scriptus contentus siet illa re certa, nihilominus heres erit ex asse; sed quoniam per hoc testator ostendit voluntatem suam in favorem eorum, qui in primo testamento scripti erant, et quoniam ad fideicommissum voluntas sufficit, censebitur gravatus hereditatem restituere heredibus in primo testamento scriptis, retenta sibi certa re, ex qua scriptus est heres. Idemque est, si testator in secundo testamento adjecerit, se velle ut etiam primum valeret, nam licet eo non obstante eo primum ruptum sit, iterum tamen per illam adjectionem fideicommisso censebitur gravatus heres in secundo testamento scriptus, sicque heredes in primo testamento scripti non habebunt hereditatem ex primo testamento utpote rupto, sed ex fideicommisso in secundo testamento sibi relicto (*L.* 12 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 29 *ff. ad S. C. Treb.*).

§ V.

Datur casus, in quo prius testamentum rumpitur per posterius imperfectum, nempe quando in primo scripti sunt heredes, qui ab intestato succedere non poterant, et in secundo illi, qui ab intestato fuissent successuri, modo in secundo quinque testes adfuerint, quo casu illa voluntas tam-

quam ultima intestati servabitur (*L.* 2 *ff. h. t.*, *L.*21 § 3 *cod. de testamentis*). Scilicet regulariter non infirmatur prius per posterius imperfectum, quia non omnino a priore voluntate recessit testator, sed tantum vult ab ea recedere in favorem eorum, qui in secundo testamento sunt scripti, qui cum heredes esse non possint, utpote quod testamentum sit nullum, prius in suo statu manet; sed ubi in secundo scripti sunt heredes ab intestato, jam vult a primo recedere in favorem heredum suorum ab intestato; itaque, licet hi ex secundo testamento utpote imperfecto succedere nequeant, eum tamen possint succedere ab intestato, excludent heredes in primo testamento scriptos.

Caeterum quod diximus prius testamentum rumpi, licet non sit revocatum in posteriore, verum est jure Romano; sed hodie, cum possit quis mori cum pluribus testamentis, ita ut utrumque sortiatur exitum, modo non contineant contrarias dispositiones, verius videtur quod si quis hodie secundum testamentum faciat, non ipso jure rumpatur prius, nisi in secundo testator revocet prius, exceptis illis punctis, in quibus secundum testamentum priori esset contrarium.

§ VI.

Vidimus quod prius testamentum non rumpatur, nisi per posterius perfectum, ita ut non sufficiat sola voluntas testatoris contraria; constituit tamen Justinianus in *L.* 27 *cod. de testamentis*, ut si decennium esset elapsum a tempore testamenti facti, et testator testamentum suum revocet apud acta, vel coram tribus testibus, tunc hoc testamentum vires suas amittat, simulque abrogat antiquas leges, juxta quas testamentum amittebat vires per solum lapsum decennii.

§ VII.

De eo quaerunt interpretes, an sufficiat ad infirmandum testamentum, quod testator coram tot testibus, quot opus est ad testamentum faciendum, seu jure Romano coram septem, declaret se nolle valere testamentum quod fecit, vel se velle mori ab intestato; et verior videtur sententia Huberi, qui putat id sufficere, nec opus esse lapsu decennii, et sane videtur iniquum ut id testamentum sortiatur effectum contra tam evidentem, et tam solemniter declaratam testatoris voluntatem. Ajunt quidem leges solam voluntatem non sufficere ad infirmandum testamentum, sed loquuntur de simplici voluntatis contrariae declaratione, non de tam solemni, quae coram tot testibus fit; nec alia est lex, quae de hoc casu neget testamentum infirmari: praeterea constat quod deletio, cancellatio etc. eorum, quae testamento scripta sunt, sufficiant ad ea infirmanda, licet legi adhuc possint; cur ergo etiam non infirmarentur per expressam voluntatem contrariam eamque legitime declaratam?

Nec obstat quod, si testator voluisset infirmare prius, potuisset id lacerare, delere etc; nam ex eo quod id non fecerit, non sequitur quod id valere voluerit, expresse enim contrarium declarat, et forte testamentum suum penes se non habebat ad lacerandum, vel delendum.

Obj. Si testator secundum testamentum incipiat facere, idque coram septem testibus, ut moriatur antequam perfectum sit, non infirmabitur prius; sicque non sufficit contraria declaratio coram septem testibus. ℞. Disparitas est quod in casu objecto, actus quem testator posuit, et per quem infirmari deberet prius testamentum, non sit perfectus, adeoque non est ratio quare prius infirmaretur; nam, ut ante diximus, ex eo quod testator secundum testamentum faciat, non sequitur quod omnino a priore voluntate recedat, sed tantum ita, si secundum testamentum validum sit; ast ubi revocat testamentum coram septem testibus, ille actus plene perfectus est, adeoque non videtur quare non haberet effectum infirmandi testamentum.

Obj. *L.* 27 *cod. de testamentis*, ubi Justinianus dicit, quod testamentum non infirmetur ex eo, quod testator contrariam voluntatem expressis verbis declaraverit, nisi accedat lapsus decennii. ℞. Ex illa lege colligi quidem potest non valere simplicem revocationem, nec etiam valere eam, quae coram tribus testibus fieret, nisi accedat simul lapsus decennii; verum de revocatione coram septem testibus ibi nullum verbum habetur, adeoque non negatur eam valere, alioquin sequeretur etiam quod nequidem testamentum nuncupativum coram septem testibus revocari posset, quod tamen adversarii in nuncupativo fieri posse affirmant.

Obj. *L.* 36 § 3 *ff. de testamento militis*, ubi dicitur quod si veteranus irritum esse velit testamentum, seu revocet quod in castris secundum jus commune fecerat, id testamentum tamen in suo statu maneat. Sed ibi iterum non est quaestio de solemni revocatione coram septem testibus, sed de revocatione simplici; scilicet J. C. ibi tantum opponit veteranum militi in castris degenti, nempe in eo quod, licet simplex voluntas militis in castris degentis sufficiat ad infirmandum testamentum, non tamen sufficiat talis voluntas veterani, utpote qui non gaudet amplius privilegio militari.

§ VIII.

De testamento a pluribus v. g. conjugibus in iisdem tabulis simul condito quaesitum aliquando fuit, an unus, invito vel inscio altero, aut furto e praedefuncto, mutare vel revocare possit, et jam opinio certa invaluit, quod possit; idque sive in favorem communium liberorum, sive in favorem

Digitized by Google

aliorum testati sint, sive etiam in mutuum favorem; imo, licet etiam inserta fuisset clausula de non revocando sine mutuo consensu, ut sunt variae res judicatae apud Stockmans (*decis.* 18) et Winants (*dec.* 165 *et* 166). Ratio est quod cuique liberum sit toties mutare voluntatem quoties vult, et in his tabulis continentur duo diversa diversorum testamenta, quisque ergo sine consensu alterius suum testamentum in his tabulis contentum potest immutare; nec quidquam facit clausula inserta de non revocando, vel de non revocando sine mutuo consensu, nam nemo potest se reddere inhabilem ad testamentum mutandum: verum quidem est quod mala fide hic procedi possit ab eo, qui testamentum mutat inscia altera parte, praecipuo quando se mutuo heredes scripserant; sed aequitas illa sufficiens non est, ut a certis juris Romani principiis recedatur.

§ IX.

Quid moribus de hoc casu: maritos in testamento suo consentit, ut uxor de suis bonis testari possit, quam facultatem alias uxor non habuisset, nam uno conjuge mortuo, bona conjugis superstitis sunt vinculata liberis, ita ut conjux superstes do bonis suis propriis, utpote devolutis, amittat liberam dispositionem: an consensum istum revocare potest maritus? Et decisum est apud Stockmans (*dec.* 19) hac ratione, quod quidem liberum sit marito mutare testamentum, sed non revocare consensum semel datum uxori, ut testari possit de bonis devolutis; scilicet consensus iste importat renuntiationem ex parte mariti, qua renuntiat juri consuetudinario devolutionem inducenti, sicque post hanc renuntiationem statim jus quaesitum est uxori, ut de bonis suis testari possit, quod jus ei invitae auferri nequit; nempe, licet consuetudo statuat ut bona conjugis superstitis ad liberos sint devoluta, permittit tamen ut stante matrimonio conjuges huic juri derogare possint, et possint sibi invicem remittere illud jus; quomodocumque ergo remissum sit alteri conjugi, statim ex illa remissione jus quaesitum est. Ab ea specie plane diversa est ea, quam proponit idem Stockmans in *decis.* 20.

§ X.

Testamentum dicitur fieri irritum, quando testatoris status mutatur, ut si servus fiat, vel peregrinus, vel filiusfamilias; si tamen ab hostibus capiatur testator, testamentum sustinetur, vel per legem Corneliam, eo apud hostes moriente, vel jus postliminii, eo revertente.

Quod si testator, cujus status mutatus fuit, recuperet statum pristinum, quamvis stricto jure convalescere nequeat testamentum, praetor tamen ex aequitate illud sustinet, dando bonorum possessionem secundum tabulas, ita tamen ut si minimam capitis diminutionem passus sit, seu adrogandum se dederit, et postea emancipetur, debeat constare de voluntate ejus, quod mori velit cum testamento quod antea fecerat (*L.* 11 § 2 *ff. de bonor. possess. sec. tab.*); quia scilicet, cum sponte adrogandum se dederit, censetur recessisse a priore voluntate bona sua in arrogatorem transferendo; quod est contrarium, ubi quis mediam vel maximam capitis diminutionem patitur, nam hanc semper patitur invitus, et sic ex ea colligi nequit voluntatis mutatio.

Tandem testamentum dicitur destitui, quando ex eo nemo heres existit, quo casu omnia, quas in eo scripta sunt, de jure Romano corruunt.

TITULUS IV.

DE HIS QUAE IN TESTAMENTO DELENTUR, INDUCUNTUR, VEL INSCRIBUNTUR.

Certum est testamentum rumpi, si laceretur, comburatur, cancelletur etc., ita tamen, ut si plures codices ejusdem testamenti testator fecerit, et unum tantum laceraverit etc., testamentum non infirmetur, nisi constet quod hoc fecerit eo animo ut moreretur intestatus, quod probari deberet ab heredibus ab intestato, alias enim in dubio praesumitur quod testator potius testatus, quam intestatus voluisset mori, et ideo forte unum laceravit, quia timebat ne vel minima diversitas, quae in istis codicibus forte reperiri posset, controversiam pareret (*L. ult. ff. h. t.*). Simili modo testamentum rumpitur, si testator signa amoveat vel aperiat, quod etiam locum habet in testamentis hodiernis, quae *clausa* vocantur, quamvis haec clausula ad substantiam testamenti non pertineat, modo apertura facta sit ab ipso testatore, non ab alio sine consensu ipsius (Stockmans *decis.* 13).

Sub hoc titulo agitur de casu, ubi testator non totum testamentum dolet vel cancellat, sed partem seu verba aliqua, pro quo diversi casus sunt distinguendi; nam imprimis, vel testator delevit aliquid ante consummationem testamenti, seu antequam plene solemnitates essent adhibitae, tuncque, vel consulto fecit, vel inconsulto: si consulto, tunc quod deletum vel inductum est, habetur ac si scriptum non esset, idque, sive legi adhuc possit, sive non, nempe testator delendo expresse ostendit se nolle, ut id quod delet valeat; quando autem perficitur testamentum, ea tantum robur accipiunt, quae in eo scripta sunt, et quae testator voluit.

Itaque si ante consummatum testamentum, institutionem unius heredis testator deleverit, cum plures scripti essent, institutio deleta habebitur ac si facta non esset, et hereditas tota ad reliquos heredes spectabit. Quod si omnes institutiones delevisset, totum testamentum nullum esset, nec lo-

gata etc. deberentur, licet deleta non forent; cujus ratio est quod non possit consistere testamentum sine institutione haredis, quoniam itaque hic nullus heres est institutus, utpote cum omnes institutiones supponantur consulto deletae ante consummationem testamenti, nihil ex illo testamento valere potest. Nec obstat *L.* 2 *ff. h. t.*, nam ibi supponitur quod testator totum quidem testamentum cancellasset ante consummationem, sed adscripserat se id facere in odium unius heredis tantum, quo casu J. C. ait, institutiones aliorum heredum, licet etiam cancellatae sint, valere, et legata deberi, quoniam aliis heredibus non obstabat voluntas testatoris, sed illi uni tantum, ita ut videatur tunc per iracundiam inconsulto aliorum institutiones cancellasse.

Quod si inconsulto ante consummationem testamenti aliquid deletum sit, tunc interest an quae sic deleta sunt legi possint, vel non: posteriori casu non valent, quia nempe ea tantum vires accipiunt, dum perficitur testamentum, quae scripta sunt et suffulta testatoris voluntate; quod autem ita deletum est, ut legi non possit, pro non scripto est: priori casu, seu si adhuc legi possint, valent, quia cum pro illis verbis adhuc adsit scriptura, item voluntas testatoris, quoniam inconsulto delevisse supponitur, vires accipiunt per consummationem testamenti. Haec habentur in *L.* 1 *pr. et* § 2 *ff. h. t.*, ubi J. C. loquitur de illis, quae ante consummationem testamenti sunt deleta, ut patet ex fine § 2, ubi ait *sed haec ita demum ubi ante consummationem testamenti factum est*; ita ut tantum in § 3 incipiat tractare de casu, ubi aliquid post consummationem testamenti deletum est.

Quid jam si post testamentum consummatum aliqua inducta fuerint vel deleta? Si inconsulto testatore aliquid deletum sit, illud, sive legi adhuc possit, sive non possit, peti poterit, modo posteriori casu aliunde constet quid scriptum fuerit; ratio est quod, licet id deletum sit post consummationem testamenti, ab initio tamen voluntas et scriptura adfuerint, adeoque et haec verba confirmata fuerunt; licet ergo postea sint deleta, cum tamen aliunde de illis constet, et cum constet voluntatem testatoris circa ea mutatam non fuisse, non est ratio quare repellerentur illi, quibus per verba deleta aliquid fuerat relictum (*L.* 1 § 3 *ff. h. t.*, *L. ult. ff. de inj. rupto etc.*).

Quod si consulto aliquid per testatorem post consummationem testamenti deletum sit, ipso quidem jure quae sic deleta sunt adhuc peti possunt, nam ab initio valide relicta erant, fueratque testamentum plane perfectum; sed quia testator facto illo ostendit se non velle, ut quae sic relicta sunt sortiantur exitum, ideo exceptione doli mali repellentur qui sic relicta petent, utpote petentes contra evidentem testatoris voluntatem. Ad quem igitur pertinebunt, quae sic post consummationem testamenti consulto deleta sunt? Distingue inter institutionem heredis deletam et legata deleta, scilicet portionem ejus heredis, cujus nomen deletum est, fiscus tamquam ab indigno auferet, ita tamen ut legata ab eo herede relicta, et quae deleta non sunt solvat (*L.* 3 *ff. h. t.*, *L.* 6 § *ult. ff. de his quae ut indignis etc.*).

Quod si agatur de legato tantum deleto, id non aufert fiscus, sed manet in hereditate apud heredem. Disparitas haec esse videtur, quod testator velit ut omnia, quae legata non sunt, maneant in massa hereditaria; quando ergo testator post consummationem testamenti aliquod legatum delet, vult ut non praestetur legatario, adeoque ut maneat apud heredem in massa hereditaria; sed in pluribus heredibus simul scriptis portio unius non est delibatio portionis alterius, sicut legatum est delibatio hereditatis; nec ex eo quod testator nomen unius heredis delet, continuo sequitur quod portionem ejus ad alterum spectare velit, sed tantum sequitur quod testator eum judicaverit indignum, ut hanc portionem haberet, sicque admissum fuit ut fiscus tamquam ab indigno auferret. Aliud est quando ante consummationem testamenti nomen unius heredis deletum fuit; nam tunc institutio ejus, utpote deleta ante consummationem, nunquam fuit perfecta, sicque habetur pro non scripta, et sic etiam ei heredi nunquam deferri potuit portio hereditatis, prout contingit in altero casu, in quo ipso jure portio hereditatis ei defertur post mortem testatoris, et tantum ope exceptionis repellitur. De casu, ubi ante consummationem testamenti deleta est institutio, accipienda est *L.* 8 § 3 *ff. de bonor. poss. sec. tab.*

Quare fiscus auferens hereditatem ab eo, cujus nomen in testamento deletum est, legata ab eo relicta solvere debet, ea autem solvere non debet, dum aufert hereditatem ab eo, qui prohibuit testatorem ne testamentum mutaret, licet ille etiam legatis gravatus foret, ut in *L.* 19 *ff. de his quae ut indign.*? Disparitas est quod ubi testator tantum delet institutionem, non vero legata, tunc constat eum velle, ut legata salva maneant, adeoque voluntas ejus exigit ut praestentur; sed ubi testamentum voluit mutare, et ab herede prohibitus fuit, omnem dispositionem revocare voluit, et in totum recedere a priore voluntate; nec constat an eadem legata in secundo testamento reliquisset, quae in primo reliquerat.

TITULUS V.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

§ I. Quid est institutio heredis, et quare necessaria erat.
§ II. Quo tempore requiritur capacitas in herede.
§ III. Si quis instituat heredes liberos fratris sui, an nati et concepti post mortem testatoris censebuntur vocati.

Digitized by Google

§ IV. Quid de institutione, qua heres contumelioso nomine vocatur.
§ V. De institutione captatoria.
§ VI. Quid de institutione ex certo, vel ad certum tempus facta.
§ VII. De divisione hereditatis.
§ VIII. Quid si testator aliquibus heredibus partes adscripserit, aliquibus nullas.
§ IX. Exponitur *L.* 13 *ff. de lib. et posth. etc.*
§ X. Quid de hac institutione: *Titius heres esto ex duabus partibus, Maevius ex una quarta.*
§ XI. Quid de hac: *Titius et Maevius heredes sunto ex partibus, quas adscripsero*, si nullas partes adscribam.
§ XII. Quid de hac: *Titius heres esto ex parte, quam per leges capere potest, ex reliqua parte Maevius heres esto.*
§ XIII. Quid de institutione ex certa parte facta.
§ XIV. De jure accrescendi.

§ I.

Inter solemnitates intrinsecas testamenti de jure Romano erat institutio heredis, sine qua nullum testamentum poterat consistere, ideo enim praecipue potestas testamenti condendi civibus erat concessa, ut habere aliquem possent, qui ipsos post mortem repraesentaret, quod de solo herede diei potest; sicque institutio heredis erat quodammodo finis et scopus testamenti, et inde dicta est esse *caput et fundamentum totius testamenti* (§ 4 *inst. de leg.*). Erat etiam haec praecipua inter testamentum et codicillos differentia, quod in codicillis non deberet, imo nec posset heres institui; indeque est quod moribus nostris, cum non distinguamus amplius inter testamenta et codicillos, etiam necesse amplius non habemus heredem instituere ad valorem testamenti. Est autem institutio heredis designatio ejus, quem in universum jus nostrum succedere volumus; possuntque institui quicumque, modo tales sint, qui per leges institui non prohibentur, seu qui testamenti factionem habent. Quinam autem prohibeantur apud Voctium et alios videri possunt; apud Romanos praecipue prohibebantur illi, qui cives Romani non erant, excepto eo quod servi ex personis dominorum suorum haberent testamenti factionem.

§ II.

Quantum ad tempus, quo capacitas in herede requiritur, ut exitum sortiri possit institutio, si pura sit institutio, inspiciendum est tempus, quo testamentum conditur, alias ab initio nulla foret, juxta regulam Catonianam, secundum quam quae non valerent, si testator statim post factum testamentum moreretur, non convalescunt, ob id quod diutius vivat: ulterius requiritur capacitas tempore mortis, quoniam eo tempore testamentum confirmatur. Quod si conditionalis sit institutio, inspiciendum est etiam tempus existentis conditionis: medii autem temporis inter testamentum et mortem, item inter mortem et existentiam conditionis, non habetur ratio, ut non noceat heredi quod interea fuerit incapax, modo capax fuerit dictis temporibus. Est tamen etiam attendendum tempus, quo heres hereditatem adit, ut videatur an valeat aditio, necne; imo si semel incapax factus fuerit post mortem testatoris, quando institutio est pura, vel post existentiam conditionis, quando conditionalis est, nunquam adire potest, quoniam tunc statim incoepit deferri hereditas ejus substituto, vel heredi ab intestato, vel accrescere incoepit ejus pars coheredi (*L.* 49 § 1 *ff. h. t.*).

Ut autem valeat institutio, quaecumque verba sufficiunt, modo institutionem importare possint (*L.* 1 § 3, 5, 6, 7 *ff. h. t.*, *L.* 7 *et* 15 *cod. de testam.*); nec etiam necesse est nomen heredis exprimere, modo ita designetur, ut constet de quo loquutus sit testator.

§ III.

Quaesitum est de casu, quo quis instituit liberos fratris sui, an institui censeantur illi, qui nati et concepti sunt post mortem testatoris? Et quidem certum est quod testator eos instituere potuerit, postquam placuit non tantum posthumum suum, sed alienum etiam posse heredem scribi; sicque quaestio tantum est, an sub appellatione *liberorum fratris* contineantur liberi post mortem testatoris ex fratre nascituri; et verius videtur eos contineri (Stockmans *dec.* 26): cujus ratio est, quod generali vocabulo usus sit testator, quodque illi, qui post mortem testatoris nascuntur aeque sint fratris liberi ac qui in vita ipsius nati erant; cui accedit quod testator ad eam institutionem faciendam praecipue motus fuerit ratione vinculi, quo ei junguntur fratris liberi; qui autem post mortem ejus nascuntur, aeque ipsi conjuncti sunt ac qui eo vivo procreati sunt.

Nec ad rem facit quod, qui mortuo testatore concepti et nati sunt, proprie cognati non sint testatori; sufficit enim quod ex fratre ejus nati sint, quodque testator per istam institutionem voluerit consulere posteritati, et familiae fratris sui.

Non obstat etiam quod testator speciali affectione moveri non potuerit erga nondum natos, utpote quos non novit; nam qui fratris liberos instituit heredes, non tam censetur moveri per specialia eorum merita, vel specialem erga eos amicitiam, quam ratione vinculi seu familiae.

Obj. Si testator generaliter cognatos vocasset, tantum censerentur vocati illi, qui jam nati essent tempore, quo testator moritur (*L.* 19 *ff. de reb. dub.*). R. Disparitas est quod nominatio cognatorum nimis lata pateat, et comprehendat cognatos diversorum graduum, sicque nimis vagum foret hoc

legatum, si illi, qui post mortem testatoris nascuntur, eo continerentur; cui accedit quod, qui post mortem testatoris conceptus et natus est, proprie ei cognatus non sit.

Obs. *L.* 17 *ff. de leg.* 1, ubi dicitur, quod si quis filiabus legaverit, etiam posthumae legasse videatur, si modo mentionem de ea fecerit in aliqua parte testamenti; sicque, si nullam ejus mentionem fecerit, posthumae legasse non censebitur; adeoque non censetur etiam instituisse in casu liberos fratris post mortem suam nasciturus. R'. Notandum quod filia posthuma debeat vel institui, vel exheredari, ne rumpat testamentum; poterat quidem jure Digestorum exheredari inter caeteros, sed tunc debebat testator in aliqua parte testamenti de ea mentionem fecisse, alias de ea cogitasse non censebatur: quaerebatur jam an, quando testator filiabus suis legat, videatur sufficientem mentionem fecisse de filia posthuma: et ait J. C. in *d. L.* hoc non sufficere, quia scilicet fieri poterat testatorem non cogitasse de posthuma; itaque, si testator aliquos liberos heredes instituat, et dicat se caeteros exheredare, non censebitur eorum sufficientem mentionem fecisse; item si filiabus legatum relinquat, cum non constet an in legando de filia posthuma cogitaverit, non censebitur sufficientem mentionem posthumae fecisse; adeoque posthuma quae nascetur rumpet testamentum, utpote non comprehensa in exheredatione inter caeteros, utque haec ita responderentur postulabat favor posthumae. Ast in nostro casu testator generaliter liberos fratris instituit, et favor nascendorum postulat, ut censeantur instituti.

§ IV.

Quid de institutione, qua heres maledicto vel contumelioso nomine designatus est, ut si dicam *qui ex uxore mea adulteratus est heres esto*? Illa institutio nullius est momenti (*L.* 9 § 8 *ff. h. t.*, *L.* 54 *de leg.* 1). Cum enim affectionem importet institutio et legatum, velimusque honorare eum, quem ad successionem vocamus, scopo nostro contradiceremus calumnioso nomine appellando eum, quem honorare volumus, contraria enim sunt alicui bene velle et maledicere; J. C. tamen in *L.* 48 § 1 *ff. h. t.* ait valere hanc institutionem: *filius meus impiissimus, male de me meritus, heres esto*, additque, *et omnes ejusmodi institutiones receptae sunt*; nec mirum, aliquid enim speciale est in patre liberos instituente, ut adeo ad similem institutionem restringenda sint verba *d. L.* 48 § 1, nempe dum pater contumelioso nomine filium nuncupat, non tam ex odio hoc facit, quam correctionis causa, ut nempe filium ad meliorem vitam, et honestiorem revocet, quod non ita dici potest in extraneo.

§ V.

Improbata quoque est institutio captatoria, quae nempe expresse fit ad captandam hereditatem alienam, v. g. *instituo Titium heredem, si me heredem instituat*, vel *ex qua parte Titius me heredem scribet, ex ea parte heres esto*; scilicet turpe visum est inhiare hereditati alienae, et institutionem, per quam honorari solet institutus, callide adhibere ad captandam alterius hereditatem, ita ut talis institutio non sit visa ex affectione procedere, et adeo prohibita fuit (*L.* 64 *ff. de leg.* 1), etiam militibus (*L.* 11 *cod. de testam. milit.*); imo licet per institutionem meam non mihi, sed alteri hereditatem captem, adhuc nulla est (*L.* 71 § 1 *ff. h. t.*).

Captatoria tamen non est institutio, qua duo ex mutua affectione se invicem heredes scribunt, licet forte unus alterum eo animo instituerit, ut ejus affectionem provocaret, modo in verbis quo alterum instituit non sit conditio, ut se heredem scribat (*L.* 70 *ff. h. t.*). Valet quoque institutio, cui adjecta est conditio de praeterito, ut *instituo Titium heredem, si me instituit*; etenim per hanc formulam non provoco Titium ad me instituendum, nam, licet postea me institueret, non tamen mihi heres esset; ut enim mea institutio in casu effectum habeat, debet me jam inde instituisse eo tempore, quo ego ipsum instituo, et de hoc casu intelligendae sunt *L.* 81 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 29 *ff. eod.*, *L.* 20 § *ult. ff. de cond. inst.*

§ VI.

Quid de institutione facta ex certo tempore, vel usque ad certum tempus? Stricto jure nulla esse deberet talis institutio, cum non possit quis pro tempore, seu partim testatus etc.; sed placuit tempus detrahi, et institutum simpliciter heredem esse (*L.* 34 *ff. h. t.*). Aliud est de institutione facta ex die incerto vel sub conditione, hae enim non detrahuntur, sed dies vel conditio expectantur: disparitas est quod dies incertus, item conditio dum existunt, possint retrotrahi, et adeo potest videri heres ab initio extitisse, et sic testator ab initio testatus decessisse; sed dies certus retrotrahi non potest.

§ VII.

Nota est divisio hereditatis in duodecim uncias, adeo ut tota hereditas veniat nomine assis, quaelibet autem pars assis suum habet nomen, quae colligi possunt ex *tit. inst. de hered. inst.*; hanc divisionem testator sequi non debet, econtra potest ipse hereditatem in alias partes dividere (*L.* 13 § 1 *ff. h. t.*); caeterum divisionem legalem in dubio sequi censetur. Quod si constet eam sequi voluisse, eam tamen superaverit, tunc sequitur secunda divisio

legalis in viginti quotuor uncias, seu iu dupondium, et post eam tertia in tripoudium seu triginta sex uncias, et sic consequenter. Quando testator unicum scripsit heredem, ille ex asse heres erit, idque licet eum tantum ex parto scripserit; regula enim est quod nemo partim testatus etc., quod contingeret si heres illo tantum partem haberet, nam tunc alia pars esset heredum ab intestato. Moribus, cum illa regula cesset, si unus ex parto tantum heres scriptus esset, pars altera pertiueret ad herodes ab intestato. prout in militia testamento jure Romano obtiuebat. Quod si testator plures heredes scripserit, tuue vel nullis partes dedit, quo casu partes aequales habebunt (*L.* 9 § 12 *ff. h. t.*); vel omnibus partes assignavit, et tune, si totos aa divisus sit, quam fecit divisionem sequi debemus; si minus quam assem dedit, reliquae partes assis non distributae cuiqoe pro rata accrescent; si plus quam assem distriboerit, cuique pro rata decrescet (*L.* 13 § 2 et 4 *ff. h. t.*); itaque, si ponamus Titium heredem scriptum ex duodecim unciia, Maevium ex sex, Titius babebit bessem hereditatis, Maevius trientem (*d. L. d.* § 4.); nec de hac computatione legitur disputatum fuisse inter juricoosultos. Justinianus tamen in *L.* 23 *cod. de leg.* aliam divisionem iuit, et hanc quaestiunem exagitat tamquam ab antiquis controversam, vultque testatorem hoc casu adimisse a Titio sex uncias ex duodecim ipsi relictis, et eas Maevio dedisse, et adeo eos habituros partes aequales: additquo idem esse in legato fundi Titio relicto, et postea semissis ejusdem fundi Maevio relicti. Inter varias interpretum de hac lego upiniones praeferenda videtur illa, quae restringit hanc legem ad casum, de quo ibidem expresse loquitur; scilicet loquitur tantum de casu, ubi ab initio uni duodecim unciae erant datae, postea, id est ex intervallu et multis aliis interjectis, alteri sex unciae datae erant; itaquo non erit idem, si continuo sermone testator uni duodecim uncias, alteri sex det, nec tunc potest applicari ratio imperatoris, ait enim *quod manifestum sit testatorem recessisse a priori voluntate, et sex uncias* primo ademisse: quando autem continuo sermone uni duodecim, alteri sex uncias dat, nun est verosimile quod testator eodem momento voluntatem mutet, imo absurdum esset hoc dicere: praeterea non est extendenda ad casum, ubi primu partem uni, deiu duodecim uncias alteri dat, tunc enim non potest diei ademisse assem a primu, cui tantom partem reliquerat, prout diei potest eum ademisse partem a primo in casu imperatoris. Vide latius de eo agentem Averauium *lib.* 4 *interpr. cap.* 11.

§ VIII.

Quid jam si testator aliquibus heredibus partes adscripserit, aliquibus nullas? Vel partes adscriptae assem non complent, tuncque qui sine parte scripti sunt habebunt quod assi complendo deest (*L.* 17 et 78 § 2 *ff. h. t.*): vel partes adscriptae adaequaot praecise assem, tune alter as coosetur datus illis, qoi sino parto scripti suot, et in dupondium dividetur hereditas; cum enim appareat testatorem voluisse sequi divisiooem legalem, neo appareat qualem sequi voluerit, utimur secunda divisione legali: sic in casu, *Titius heres esto ex sex unciis*, *Maevius ex sex*, *Cajus heres esto*, Cajus habebit duodecim uncias ex viginti quatuor, seu semissem hereditatis. Notandum tameo quod si testator dixisset, *Cajus ex reliqua parte heres esto*, Cajus nihil haberet, quia per illa verba refert se testator ad assem, quem jam inde distribuerat, ex quo, cum nulla pars reliqua sit, nihil habebit Cajus (*L.* 17 § 3 *ff. h. t.*). Tandem si testator in partibus, quas assignavit, superaverit assem, tunc qui sino partibus scripti sunt habebunt quod dupondio deest etc.

§ IX.

Huc spectat *L.* 13 *ff. de lib. et posth.*, ubi ita testator scripserat: *si filius mihi natus fuerit ex besse, uxor mea ex triente heres esto: quod si filia ex triente, uxor mea ex besse heres esto*: nati fuerant filius et filia: qoaesitum fuit, primo, an testamentum non rumperetur, testator enim non expresserat casum, quo uterque nasceretur, et ita posthumi poterant videri praeteriti; sed quamvis subtilitas juris id postularo videretur, placuit tamen testamentum non rumpi, patebat enim ex institutione quod testatur in omoem casum sibi providere voluerit, quod autem verbis non expresserat casum quod filius et filia simul nascerentur, es quia de eo non cogitavit; caeterum poterat hic casus diei contineri sub casibus expressis, quatenus ex utroque expresso erat constatus.

Huic non obstat *L.* 10 *ff. de lib. et posth.*, nam ibidem testator de utroque casu cogitavit, cumque unum tantom expresserit, evidens erat quod in alterum casum instituere nan voluerit.

Secundo quaesitum fuit quae partes fieri debeant filio et filiae oatis: et respondet J. C. *in* septem partes dividendam esse hereditatem; scilicet, cum testator filium ex besse, uxorem ex triente instituerit, voluit filium duplo plus habere quam uxor, et cum voluerit ut, si filia nata esset haberet trientem, et uxor bessem, voluit uxorem habere duplo plus quam filia; itaque, si filiae demus unam partem, uxor debet habere duas, et filius quatuor, ut servetur voluntas testatoris; adeoque in septem partes hereditas dividenda est.

Nec obstat quod, cum filium ex besse instituerit, filiam ex triente, voluerit filium duplo plus habere quam filia, quae tamen juxta J. C. quadruplo minus habebit quam filius; nam tunc filius du-

plo plus tantum deberet habere quam filia, si testator filium et filiam inter se comparasset, sed non comparavit filium cum filia, eum non praevidorit casum, quo simul nascerentur, verum comparavit filium cum matre, item filiam cum matre, jam autem dedit duplo plus filio quam matri, et duplo plus matri quam filiae.

§ X.

Quid de hac institutione: *Titius ex duabus partibus heres esto, Maevius ex una quarta?* Juxta J. C. in *L.* 78 § 1 *ff. h. t.* hereditas dividetur in novem partes, ex quibus Titius sex, Maevius tres habebit, vel si mavis reducere ad divisionem legalem, Titius erit heres ex besse, Maevius ex triente: ratio est quod, cum testator dixerit se Titium ex duabus partibus scribere, nec dixerit quales partes, postea autem Maevium ex quadrante scripserit, verosimile est quod dicendo partes respexerit ad quadrantem Maevii, seu quod Titium instituerit ex duobus quadrantibus, et ita testator tantum de tribus quartis disposuit; restans igitur quadrans, de quo testator non disposuit, utrique pro rata accrescet. Aliud est in *L.* 47 § *ult. ff. h. t.*, ubi hic casus proponitur: *Titius ex duabus unciis, Attius ex parte una, Maevius ex parte una, Sejus ex partibus duabus heredes sunto*; nam, eum ibi plures ex parte incerta scripti sint, idque inaequaliter, testator voluit eos inter se comparare, nec apparet quod eos comparare voluerit cum Titio, cui certam partem dederat; et ita non sequitur quod per partes intellexerit uncias, licet Titium ex duabus unciis instituerit; itaque in casu Titius habebit duas uncias, et reliquae decem unciae ita dividentur inter reliquos, ut Sejus quinque, Attius et Maevius simul restantes quinque habituri sint.

§ XI.

Quaesitum quoque fuit de hac institutione: *Titius et Maevius heredes sunto ex partibus quas adscripsero*: testator autem nullam partem adscripsit: Marcellus putabat eos non fore heredes, quasi testator eos sub conditione instituisset, hae nempe, *si partes adscripsero*; quae conditio deficit nullis partibus adscriptis. Sed haec sententia Celso et Ulpiano displicuit, qui deciderunt eos fore heredes ex aequis partibus, licet testator nullas partes adscripserit (*L.* 2 et 36 *ff. h. t.*), hac scilicet ratione, quod, licet in verbis *quas adscripsero* contineatur conditio, nempe *si adscripsero*, illa tamen conditio non afficiat ipsam institutionem, sed tantum partium designationem; relativum enim *quas* evidenter ad partes refertur, ita ut sensus sit, *Titius et Maevius heredes sunto, sintque heredes ex partibus, si partes adscripsero*; itaque, si testator nullas partes adscribat, certas quidem partes non habebunt, quoniam conditio deficit; sed, cum illa conditio non afficiat institutionem, erunt sine partibus instituti, et ita habebunt partes legales seu aequales. Per illam ergo formulam testator eos pure instituit heredes, sed reservavit sibi determinationem partium, quas si adscriberet, ex partibus adscriptis heredes eos esse voluit; si non adscriberet, simpliciter, seu aequis partibus eos heredes esse voluit.

Obs. Si ita scriptum esset, *Titius et Maevius heredes sunto ex partibus quas adscripsi*, nullis partibus adscriptis, heredes non erunt, ipso fatente Ulpiano in *d. L.* 2. Cum ergo in illo casu conditio censeatur adjecta, non tantum partibus, sed etiam institutioni, quare etiam in priori casu adjecta non censetur institutioni? R/ Disparitas est, quod ubi in futurum loquitur testator *adscripsero*, pure eos instituit, et certas partes eos habere vult, si modo eas adscribat, scilicet non statim et pure recedit a divisione legali, sed tantum sibi reservat facultatem ineundi aliam divisionem; quam si non fecerit, sequi debemus divisionem legalem. Sed dum praeterito *adscripsi* utitur, non reservat sibi facultatem recedendi a partibus legalibus, sed statim ab initio recedit ab illis partibus, et dicit se alias dare, eas nempe, quas adscripsit; itaque non possunt heredes habere partes legales, eum testator ab iis recesserit, nec etiam partes adscriptas, eum nullas adscripserit, sicque partes datae sunt quae non extant, adeoque heredes esse non possunt. Notandum praeterea quod, dum Ulpianus in *d. L.* 2 ait non esse faciendam differentiam utrum dixerit testator, *ex partibus quas adscripsero*, utrum dixerit, *si partes adscripsero*, in posteriori supposito non tractet de casu, ubi testator sic dixisset *Titius et Maevius heredes sunto, si partes adscripsero;* nam tunc evidenter conditio adjecta esset ipsi institutioni, et ideo nullis adjectis partibus heredes non forent; sed intelligendus est de casu ubi sic dixisset, *Titius et Maevius heredes sunto ex partibus, si partes adscripsero*, ita ut tunc juxta Ulpianum conditio partibus tantum censeatur adjecta.

§ XII.

Quid de hac institutione: *Titius heres esto ex parte, quam per leges capere potest, ex reliqua parte Maevius heres esto?* (Notandum quod apud Romanos essent quidam, qui tantum certam partem hereditatis capere poterant) J. C. in *L.* 78 § *ult.*, *L.* 79 et 80 *ff. h. t.* decidit quod, si Titius totum capere possit, Maevius nihil sit habiturus: cujus ratio est, quod tunc nihil reliquum sit. Aliud esset, si testator simpliciter dixisset *Maevius heres esto*, nec adjecisset *ex reliqua parte*, nam tunc Titius ssem capere posset; censeretur enim scriptus ex asse, et cum Maevius sine parte esset

Digitized by Google

scriptus, censeretur ex altero asse scriptus, adeoque essent aequaliter heredes. Sed si in casu, ubi Maevius ex reliqua parte scriptus est, Titius nihil capere posset, jam Maevius totum haberet; cujus ratio est quod testator Maevium scripserit heredem casu, quo Titius capere non posset; cum ergo Titius nihil capere possit, tota hereditas ex voluntate testatoris ad Maevium debet pertinere; est quidem verum quod testator tantum reliquam partem Maevium habere voluerit, sed per reliquam partem testator intelligit omne id quod Titius capere non potest, ita ut intelligat partem, si Titius partem capere possit, et intelligat totum, si Titius nihil capere possit: quod autem verbum *reliquum* vel residuum possit totum importare, patet ex *LL.* 95 et 160 *ff. de verb. sign.* Hoc fundamento decisa fuit haec quaestio: aliquis certa bona assignaverat pro pia fundatione ... *ex reliquis bonis instituer... ...um:* denegata fuit octroya ... ista fundatio: heredes ab intestato bona illa vindicabant hoc fundamento, quod hodie mori possimus partim testati etc., et quod illa bona non essent data Titio; pro Titio fuit judicatum; erat enim scriptus heres ex reliquo, seu ex omni eo, quod pro fundatione illa non impenderetur, sicque deficiente illa fundatione, in totum reperitur heres scriptus.

§ XIII.

Quid de eo, qui scriptus est ex re certa, v. g. ex fundo tusculano? Si solus heres scriptus sit, cum non possit quis jure Romano mori partim testatus etc., detrahitur mentio rei certae, et habetur ac si simpliciter heres scriptus esset, adeoque erit heres ex asse (*L.* 1 § 4 *ff. h. t.*). Quod si coheredes habeat, tunc, vel simpliciter scripti sunt, quo casu illi soli heredes erunt, et qui ex certa parte scriptus est, habebitur pro legatario istius rei, scilicet, tunc non est ratio cur detraheremus mentionem rei certae, cum testator non sit decessurus partim testatus etc., in supposito nempe quod qui scripti sunt hereditatem adeant (*L. penult. eod. h. t.*); vel coheredes ex re certa scripti sunt v. g. *Titius ex fundo tusculano, Maevius ex semproniano*, et tunc ab omnibus detrahitur mentio rei certae, qua detracta, erunt simpliciter heredes ex aequis partibus, licet forte res uni assignata triplo plus valeret quam res, ex qua alter scriptus est. Hoc tamen notandum, quod quisque rem sibi assignatam habiturus sit tamquam praelegatum; hinc, si testator Titium ex una tertia fundi tusculani, Maevium ex duabus tertiis fundi semproniani scripserit heredes, erunt heredes ex aequis partibus, imo, licet testator illos vocasset ad inaequales partes ejusdem fundi (*L.* 9 § 13, *L.* 10 *ff. h. t.*); scilicet illa divisio unice afficit fundum, non vero hereditatem, et licet testator Maevium ex illo fundo voluerit habere duplo plus quam Titius, non sequitur tamen quod eandem divisionem observari voluerit in hereditate; saepe enim contingit, ut uni ex heredibus ex aequis partibus scriptis praelegemus. Ex dictis sequitur quod, si quis heredem scripserit ex rebus provincialibus, alterum ex rebus italicis, ambo futuri sint heredes aequis partibus, et debita aequaliter solvent, licet bona provincialia triplo plus valeant quam bona italica; unus tamen habebit bona provincialia solus, alter solus italica quasi sibi praelegata; nempe jure hereditario primus habebit medietatem tam in bonis provincialibus quam italicis, item secundus medietatem omnium jure hereditario habebit; sed primus censebitur gravatus medietatem italicorum dare secundo, et secundus medietatem provincialium dare primo (*L.* 35 § 1 *ff. h. t.*).

§ XIV.

Notum ... plures heredes esse jus ... scendi; potest tamen ... , ut portio unius non omnibus, sed aliquibus tantum accrescat, ut dum aliquos conjungit per particulam *et* vel similem, v. g. *Titius et Maevius heredes sunto, Cajus heres esto:* conjunctio Titii et Maevii efficiet, ut pro una tantum persona capiant, seu ut semissem tantum habeant, Cajus solus alterum; item efficiet ut inter Titium et Maevium sit jus accrescendi exclusive ad Cajum, ut adeo deficiente Titio, pars ejus accrescat soli Maevio (*L.* 63 *ff. h. t.*). Non potest tamen testator prohibere jus accrescendi, si per illam prohibitionem partim intestatum se redderet; hinc si duos heredes instituerit, et dixerit nolle se ut uno deficiente pars ejus accrescat alteri, nihilominus accrescet, quamvis tamen in hoc casu, juxta veriorem sententiam, censeatur heres fideicommisso partis accrescentis gravatus in favorem heredum ab intestato (argumento *L.* 69 *ff. de leg.* 2.). Ex eadem ratione pars deficiens coheredi, qui adivit, invito accrescet, adeo ut eam respuere non possit, imo etiam antequam sciverit coheredem defecisse, ignoranti ei accresceret (*L.* 31, *L.* 53 § 1 *ff. de acq. vel amitt. hered.*). Sic etiam si Titio heres sim, qui Titius scriptus erat ex semisse heres a Maevio, quique adiverat hereditatem Maevii, coherede Titii deficiente, partem ejus accrescentem respuere non possum (*L.* 59 § *ult. ff. h. t.*).

TITULUS VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

§ I. Quomodo dividitur substitutio.
§ II. Conditio substitutionis vulgaris *si heres non sit* duos casus continet.
§ III. Quid est illa clausula *si nec ipse heres erit, nec alium heredem effecerit*, quae vulgo subintellecta dicitur in substitutionibus.

Digitized by Google

§ I.

Substitntio alia est directa, qua quis directis verbis substituitur; alia fideicommissaria, dum quis fideicommisso gravatur. De directa sola hic agitur, quao est vel vulgaris, vel pupillaris, vol oxomplaris. Vulgaris est horedis institutie facta in secundo vel ulteriori gradu, habetquo suam originem in sollicitudino Romanorum, qui semper intendebant ne morerentur intestati, quod tunc temporis triste et ominosum reputabatur; undo, no hoc contingeret, substitutiones faciebant, ut casu quo heres institutus deficeret, substitutus heres esset; substitutio ergo vulgaris vocatur quao facta est in casum, quo institutus heres non erit, v. g. *si Titiue heres non sit, Maevius heree esto:* non tamen necesse est ut institutus primo loco scribatur, nam in hoc exemplo, *Maevius heres esto, ei Titius heree non eit, Titius heres esto*, Titius est institutus, Maevios substitutus (*L.* 28 *ff. de hered. inst.*). Putest autem testator tot gradus substitutionum facere quot vult, potestque uni heredi plures substituare, item pluribus heredibus unum, vel uni beredum unum, altori alterum, prout vult (§ 1 *inst. de vulg. subst.*, *L.* 36 *ff. h. t.*).

§ II.

Conditio substitntionis vulgaris *si institutus heree non erit* duobus casibus potest existero, vel quod non possit heros esso, vel quod non velit: primum casum vocant interpretes casum impotentiae, secundum, casum noluntatis, uter autem ex illis casibus existat, admittetur substitutus; sed hic quaestio oritur, quid si testator unum tantum casum expresserit v. g. *si institutus heree esee non poseit, Maevius heres eeto*, an substitutus admittetur ex altero casu non expresso? Et verius est eum admitti debero, scilicet testator substituendo ostondit sollicitudinem suam do habendo aliqoo herede testamentarie: sio voluntas ejus est ut, quocumque medo contingat institutum heredem non esse, substitutns admittatur, et profecte quaenam ratio posset allegari, eur voluisset potius vocare substitutum uno quam altero casu? Nulla sane; itaquo, licet unum tantum casum expresserit, ille tamen easus ex voluntate testatoris alterum etiam continebit, et ita altero etiam casu admitti debet substitutus, praesertim, cum in interpretandis verbis testamenti magis ad voluntatem testatoris, quam ad verba attendendum sit (*L.* 19 *et* 101 *ff. de cond. et demonst.*), et bue maxime facit argumentum desumptum ex *L.* 22 *ff. ad S. C. Treb.*, et ex *L.* 3 *cod. de inst. et subst.*

Est quidem verum quod testator unum tantum casum expresserit, quodque potuisset utrumque exprimere, si utroquo casu volnisset substitutum admitti; sed ex eo quod unum tantum expressorit, non sequitur quod in alterum casum eum excluserit, nam ideo verosimilitor unum tantum expressit, quia illum solum evenire posso praevidebat; alterum non oxprossit, quia non cogitabat eventurum, eum expressurus, si cogitasset: sic si quis instituat juvenem, non praevidet futurum ut ante se moriatur, et ideo tantum exprimit casom noluntatis; vicoversa qui dives est non praevidet casum noluntatis, et ideo tantum exprimit casum impotentiao.

Non ergo obstat quod dicitur inclusienem unius casus esse oxclusionem alterius; nam hoc verum est quando aliquis, quem constat do duobns casibus cogitare, unum tantum exprimit; sed in nostro casu alterum eventurum verosimiliter testator non praevidit. Ex quo etiam solvitur argumentum sumptum ox *L.* 1e *de lib. et posth.*, nam ibi testator unum casum exprimons evidenter de alie cogitare debuit, ndeoquo instituens in unum casum, ovidens est quod noluerit instituere in alterum.

Obs. quod conditio substitutionis in casu esset *si inetitutus heree esee non possit*, et quod illa conditio nnn existat, dum hores esso non vult; jam autem ut snbstitutus admitti possit, debet existare conditio, sub qua vocatus est, et praeterea omnis conditie debet specifice impleri, nec suffi-

cit quod per aequipollens adimpleatur. Ad illa omnia respondit ur quod, quamvis inspectis verbis conditio videatur defecisse, revera tamen existat, nam in conditionibus potius ad voluntatem, quam ad verba attendendum est; voluntas autem testatoris fuit sub casu expresso comprehendere alterum; sic conditio non tantum per aequipollens, sed specifice et realiter adimpleta est.

Obj. quod nulla sit lex, quae statuat unum casum comprehendere alterum, quae tamen necessaria foret, ut hoc dicere possemus; etenim opus fuit constitutione divi Marci ut substitutio vulgaris comprehenderet pupillarem, et viceversa (*L. 4 ff. h. t.*). R. quod in nostro casu agatur tantum de interpretanda voluntate testatoris, seu de interpretando eo, quod intellexit per verba *si institutus heres esse non possit*; cum enim ex legibus habeamus, in conditionibus magis ad voluntatem quam ad verba respiciendum esse, merito voluntatem illam inquirere possumus. Sed in casu objecto substitutio vulgaris et pupillaris plane a se invicem sunt diversae, et diversos producunt effectus, cum per unam succedatur pupillo, per alteram ipsi testatori; sicque ut una posset dici alteram continere, opus erat speciali imperatoris constitutione. Ast substitutio vulgaris, sive in unum, sive in alterum casum fiat, semper ad eundem tendit finem, et eundem producit effectum, ita ut illi casus contineantur tanquam diversa media ad illum finem perveniendi.

Obj. *L. ult. cod. de inst. et subst.* Testator habens uxorem gravidam, eam instituerat heredem ex semisse, ventrem ex altero semisse, quod si posthumus natus non esset, ex semisse posthumo destinato instituerat Titium: natus erat posthumus, sed impubes mortuus erat: ait imperator quod Titius non admittatur; sicque ibi casus expressus *si posthumus non nascatur* non comprehendit alterum *si impubes moriatur*, non obstante quod jam admissum esset sub vulgari expressa contineri tacitam pupillarem; ex quo videtur quod etiam in nostro casu unus casus expressus non comprehendat alterum. R. Disparitas est quod in casu objecto esset ratio specialis cur substitutus excluderetur, nempe, quamvis admissum esset sub vulgari comprehendi pupillarem, id tamen tantum obtinet, quando ea mens testatoris fuisse videtur, non vero quando ejus mens contraria apparet; in casu autem apparet voluntatem testatoris non fuisse, ut substitutus admitteretur ad hereditatem posthumi, casu quo is natus esset, et impubes moreretur, nempe testator ita uxorem suam dilexerat, ut eam una cum posthumo scriberet heredem; sie non est verosimile quod voluerit ut, si impubes moreretur, mater privaretur ejus hereditate, ad quam ab intestato jus habebat, non enim verosimile est, quod testator matrem jam per mortem filii satis afflictam ulterius affligere voluerit, privando eam ejus hereditate.

Quod attinet *L. 22 ff. solut. matrim.*, ubi dicitur quod si is, qui dotem pro muliere dedit, stipulatus sit eam sibi reddi in unum casum v. g. in casum, quo matrimonium divortio solveretur, sub illo casu non comprehendatur casus, quo alio modo matrimonium solvitur. Ad illam legem et similes respondetur, quod in actibus inter vivos non possimus extensionem de uno ad alterum casum facere, scilicet ibi inspicienda est voluntas duorum, et si diceret stipulans se sub uno casu alterum etiam comprehendisse, alter recte diceret se unum tantum casum intellexisse; sed actus ultimae voluntatis favorabiliorem recipiunt interpretationem, nituntur enim voluntate solius testatoris; et sic verba juxta ejus solius mentem sunt interpretanda, hocque faciendo nemini facimus injuriam.

§ III.

Quoad conditionem substitutionis *si institutus heres non erit*, notandum illa verba sic exaudiri, *si nec ipse heres erit, nec alium heredem effecerit;* unde si servus alienus institutus sit, sive ille, postquam liber factus est, sive servus, adeat, exclusus est substitutus, quamvis non sibi, sed domino hereditatem acquirat; item si liber homo scriptus sit heres, licet ille postea servus factus adeat, et sic domino suo hereditatem acquiret, exclusus est substitutus; si tamen testator eum quem putabat liberum hominem esse, cum servus esset, instituerit, eique liberum hominem substituerit, hoc casu specialiter statutum est ob dubiam testatoris voluntatem, ut hereditas inter dominum servi et substitutum dividatur (*§ ult. inst. de vulg. subst.*, *L. 40 et 41 ff. de hered. inst.*).

De casu, quo heres institutus mortuus est ante testatorem, non est dubium quin admittatur substitutus, utpote existente conditione *si institutus heres non erit*; sed quid si mortuus sit institutus post testatorem intra tempora deliberandi? Scilicet Justinianus statuit, ut si heres, antequam adiisset vel repudiasset, moreretur post delatam hereditatem intra annum, jus adeundi transiret ad heredes ejus (*L. 19 cod. de jure delib.*); unde jam quaeritur quis praeferendus sit, an heredes ipsius, an vero ejus substitutus? Et verius videtur heredes ipsius praeferri substituto, ex hac ratione, quod juxta dictam constitutionem heres intra tempus deliberandi moriens transmittat ad heredes jus quod habet; jam autem ipse habet jus excludendi substitutum; ergo et heredes ipsius. Jam dicta etiam probantur per *L. unic. § 5 et 13 cod. de caduc. toll.*; scilicet in § 5 dixerat imperator hereditatem non aditam non transmitti, nisi primo agatur de liberis ex lege Theodosiana, et secundo ex jure deliberandi; postea pergit in § 13, et ait quod si institutus hereditatem non adeat, v. g. quod moriatur ante aditionem, admittatur sub-

stitutus: *cum in superiore parte legis non aditam hereditatem, minime, nisi a quibusdam personis ad heredes defuncti transmitti disposuerimus*; quibus verbis certe se refert ad § 5, et vult quod in casibus, quos in eo enumerat, excludatur substitutus; atqui in *d.* §, ut vidimus, duos casus enumeravit; ergo utroque casu vult, ut substitutus excludatur.

Obj. quod substitutus vocetur, si institutus heres non sit; jam autem non fuit heres, utpote mortuus antequam adiret. ℟. quod, licet ipse heres non fuerit, alium tamen effecerit heredem, et, ut diximus, conditio *si heres non erit* sic intellecta fuit, si nec ipse heres esset, nec alium heredem effecerit.

Obj. quod heres heredis intra tempus deliberandi morientis vocetur tantum a lege, ubi substitutus pro se habet expressam testatoris voluntatem. ℟. Nititur quidem substitutus expressa testatoris voluntate, dum existit conditio, sub qua vocatus est; sed eam in casu existere negamus; imo testator sciebat heredem intra tempus deliberandi morientem jus suum transmittere, idque non exclusit; et ita heres ejus, qui institutus est, magis pro se habet voluntatem testatoris quam substitutus.

§ IV.

Quid si filiusfamilias sit heres institutus, eique substitutus datus, filio repudiante, an pater ejus, an substitutus admittetur? Praenotandum quod jure veteri, dum filiusfamilias heres instituebatur, ille adeundo acquireret hereditatem patri; sed Justinianus statuit ut patri tantum ususfructus acquireretur, apud filium autem maneret proprietas; ubi autem filius repudiaret hereditatem, statuit ut eam pater adire posset, sibique eam acquireret (*L.* 1 *cod. de bonis quae lib.*). Jam ad quaestionem defendi potest, quod pater excludatur per substitutum, quia existit conditio substitutionis, nempe, cum filius heres institutus repudiaverit, heres non fuit, quae erat conditio, sub qua substitutus vocabatur.

Nec obstat quod conditio illa deficiat, dum heres alium efficit heredem, et quod filiusfamilias repudiendo patrem suum fecerit heredem; quia non videtur posse dici patrem per filium suum repudiantem heredem effici, cum enim filius repudiaverit, omne jus quod habebat amisit, et adeo in patrem transferre non potuit; scilicet pater quidem vocatur ad hereditatem, quam filius repudiavit, sed non vocatur jure filii sui, quasi filius jus suum ad eum transtulisset, sed unice jure sibi dato per legem; unde simul patet disparitas inter hunc casum et casum, ubi mortuus est institutus intra tempus deliberandi, nam posteriori casu heredes ipsius adeunt jure ad se transmisso per defunctum, ita ut possit videri quod heres institutus eos heredes effecerit; quod si verum sit, exclusus est substitutus, quod non videtur posse dici in patre.

Videndum nunc de casu, quo institutus fuit quidem heres, sed non cum effectu, v. g. suus heres institutus abstinuit se hereditate, vel minor qui adiverat restitutus fuit, an tunc substitutus admittetur? Utroque casu credimus substitutum admitti, et quod attinet primum casum, verum quidem est quod suus heres ipso jure heres existat; ex quo sequi videtur quod, licet se abstineat, substitutus excludendus sit, utpote defectus conditione, idqua fatemur esse verum jure civili, sed dicimus praetorem admittere substitutum, scilicet, quamvis suus heres, non obstante abstentione, ipso jure ex subtilitate juris civilis heres sit, tamen tantum est heres nomine tenus, sed in effectu heres non est, et habetur a praetore ac si heres non esset, consequenter ratio dictat ut praetor admittat substitutum. Praeterea aequitas postulat ut, cum praetor concedendo beneficium abstentionis laedat aliquo modo voluntatem testatoris, qui filium heredem habere voluit, eam tamen conservet quoad substitutionem: quod autem voluntas testatoris sit pro substituto, evidens est, nam voluit testator habere heredem eum effectu, non vero eum, qui nomine tenus tantum est heres. Haec sententia etiam probatur per *L.* 44 *ff. de re judicata*, ubi J. C. supponit actum fuisse cum pupilla ex contractu paterno, tamquam herede patris sui, quodque pupilla illa fuerit condemnata: postea autem pupilla eb hereditate paterna se abstinuerat, *si ita*, inquit, *bona defuncti ad substitutum, vel ad coheredes pervenerant*; supponit ergo evidenter, suo herede se abstinente, substitutum ejus admitti; imo, quod plus est, pupilla, de qua loquitur J. C., immiscuerat se hereditati paternae, litem enim ex contractu paterno susceperat, et tum se abstinuerat; nam id speciale est in pupillis ut, licet se immiscuerint hereditati paternae, adhuc tamen possint recurrere ad beneficium abstentionis sine restitutione in integrum (*L.* 57 *ff. de acq. vel amit. hered.*), ita ut non sit necesse dicere cum Voetio, quod pupilla fuerit in integrum restituta; si ergo J. C. admittat substitutum sui heredis post immixtionem se abstinentis, a fortiori admittendus est, si non se immiscuerit.

Supposita prioris quaestionis veritate, etiam decidtur pro substituto, si institutus qui adiverat in integrum restituatur, quamvis alii hic dicant admittendum esse heredem ab intestato, alii fiscum. Pro nostra sententia eadem argumenta hic militant, quae superius retulimus, nam sicuti praetor suum heredem, postquam se abstinuit, considerat quasi heres non fuisset, ita et eum qui in integrum restitutus est etc.

Non obstat quod restitutio minoris non debeat prodesse nisi minori, et quod tamen hic prosit substituto, qui per aditionem minoris erat exclusus;

Digitized by Google

nam hic restitutio minoris tantum prodest substituto indirecto, et per consequentiam, scilicet non admittitur praecise substitutus ex ipsa restitutione heredis, sed per praetorem, qui heredem considerat ac si nunquam fuisset heres, et vocat substitutum ad servandam defuncti voluntatem; nihil autem vetat quominus restitutio minoris per consequentiam altori prosit, licet in favorem solius minoris detur.

Obj. *L.* 2 *ff. de successorio edicto*, ubi supponitur quod cognatus prioris gradus adiverit hereditatem, sed in integrum restitutus fuerat: ait J. C. quod cognatus sequentis gradus non admittatur, sed fiscus; ergo etiam in nostro casu fiscus admitti debet, cum in successione ab intestato cognati per leges sibi invicem sint substituti. Notandum quod jure veteri civili semel tantum deferretur hereditas, quod cum praetori durum videretur, statuit ut, repudianto eo qui erat proximus in ordine liberorum, admitteretur proximus in ordine agnatorum, quo etiam repudiante, transitus fieret ad ordinem cognatorum; sicque in prioribus ordinibus non deferebatur hereditas de gradu ad gradum, sed de ordine ad ordinem. Ubi vero hereditas versabatur in ordine cognatorum, tunc erat locus successioni de gradu in gradum, adeo ut proximo cognato repudiante, admitteretur cognatus sequens; itaque aliquid speciale erat in ordine cognatorum, et in eo melioris conditionis erant cognati quam agnati; verum placuit hunc favorem restringere, et ideo responsum fuit hoc non esse extendendum ad casum, quo proximus cognatus adivisset, et in integrum fuisset restitutus. Ast in nostro casu nulla similis ratio adest: praeterea agitur de successione testamentaria, quae multo favorabilior est successione ab intestato, et in qua maxime attendenda est voluntas testatoris, quae hic substituto favet.

Obj. *L.* 7 § 10 *de minor.* 25 *ann.*, ubi Papinianus dicit quod si minor, cui testator servum suum substituerat, adeat hereditatem, et postea in integrum restituatur, servus substitutus non admittatur; et quidem Ulpianus facit exceptionem pro casu, ubi testator insolvendo esset, sed extra istum casum fatetur sententiam Papiniani esse veram. ℟. quod videatur aliquid speciale in servo substituto, etenim dum institutus qui adivit in integrum restituitur, admittitur quidem substitutus, sed jure praetorio tantum, quod jus praetor ad servos non extendit (*L.* 1 *ff. de jure delib.*).

§ V.

Quid si institutus removeatur ab hereditate tanquam indignus? Non erit locus substitutioni, sed fiscus hereditatem occupabit (*L.* 15 *ff. ad S. C. Syllanianum*); non enim, ut ait J. C., poena instituti debet esse praemium substituti, quod tamen contingeret, si instituto ut indigno remoto substitutus admitteretur. Nec potest hic urgeri paritas eum casu, ubi institutus post aditionem restituitur, nam tunc factum praetoris restituentis efficit ne voluntas testatoris effectum habeat quoad primum gradum institutionis, unde aequitas postulabat ut saltem quoad secundum gradum, seu substitutionem eam sustineret; ast in nostro casu non praetor, sed lex indignum removet, et adeo praetor non tenetur voluntatem testatoris quoad substitutum tueri.

§ VI.

Sed quid si heres scriptus sit incapax? Tunc admittitur substitutus, nam institutio pro non facta habetur, et ab initio nulla est; unde tunc existit conditio, qua institutus heres esse non potest (*L.* 1 *de his quae pro non script.*). Idemque est, si ex postfacto institutus fiat incapax.

§ VII.

Quaeritur hic an suus heres per substitutionem vulgarem, quam pater ei facit, desinat esse suus heres, et fiat voluntarius? ℟. Remanet suus heres (*L.* 44 *de re judic.*); nec obstat quod conditio *si heres non erit* contineat duos casus, scilicet, si heres esse non velit, vel non possit, quodque dum pater instituit filium sub conditione *si velit*, filius desinat esse necessarius et suus (*L.* 86 *ff. de hered. inst.*, *L.* 12 *de cond. inst.*). Nam disparitas est quod, dum pater instituit filium sub conditione *si velit*, tunc conditio sit adjecta ipsius filii institutioni, et pater tunc ponit in voluntate ejus an velit esse heres, nec ne; sic non mirum quod tunc heres voluntarius fiat. Sed in nostro casu, quamvis substitutio contineat hanc conditionem *si heres esse non velit*, haec tamen conditio non est adjecta institutioni filii, sed substitutioni; sic ex ea non potest colligi quod pater filium suum voluerit efficere heredem voluntarium.

Obj. Si filius in casu non fiat voluntarius heres, conditio substitutionis nunquam existere poterit. ℟. Minime, existet si filius beneficio praetoris ab hereditate se abstineat, vel si a patre postea emancipatus, post ejus mortem repudiet.

Nonnulli ad probandum filium in casu fieri voluntarium heredem, allegant *L.* 16 *ff. de lib. et posth.*, ubi dicitur, quod si filius sit heres scriptus praeterito posthumo, eique nepos ex eo sit substitutus, filius moriens posthumo nondum nato heres patri non existat; sed male; quod enim ibi filius non existat heres patri, non est ideo quia filius heres suus esse desinit, sed quia mortuus est antequam deferretur hereditas, ut sub *tit. de lib. et posth.* diximus.

§ VIII.

Substitutionem vulgarem dividunt interpretes

Digitized by Google

in eam, quae fit *nominatim;* in *reciprocam*, quando scilicet testator plures instituit heredes, et subjicit *omnesque invicem substituo;* et in *compendiosam*, quando uni heredum substituit his verbis *quisquis mihi heres erit*; sed his divisionibus commode carere possumus, non enim continent diversas species, sed tantum diversas formulas substituendi.

Circa casum, quo coheredes substituti sunt coheredi deficienti, haec regula traditur: quod testator easdem partes censeatur dedisse in substituendo, quas dederat in instituendo, v. g. si instituerit Titium ex semisse, Maevium ex quadrante, Cajum ex quadrante, et addiderit *omnesque invicem substituo*; Cajo deficiente, Titius in parte Caji duplo plus habebit quam Maevius (*L.* 5 *et* 24 *ff. h. t.*, *L.* 1 *cod. de imp. et aliis subs.*); scilicet testator eos sibi invicem substituisse censetur in qualitate heredum, adeoque ad partes ex quibus heredes sunt attendisse videtur. Aliud foret 1.° Si nominibus expressis eos substituisset v. g. *si Cajus heres non sit, Titius et Maevius heredes sunto*, nam tunc non ita attendit ad qualitatem heredis; et ita non sequitur quod prae oculis habuerit in substituendo partes, quas dederat in instituendo, sicque habebunt partes aequales (argumento *L.* 124 *ff. de leg.* 1, et 24 *ff. ad S. C. Treb.*). 2.° Ubi testator substituendo, aequaliter gravasset substitutos v. g. legatis, nam tunc, licet in institutione partes inaequales dederit, videtur in substitutione aequales dedisse (argumento *L.* 23 *ad S. C. Treb.*). 3.° Ubi alicui heredum, non soli coheredes, sed una cum aliis extraneus, seu qui non fuerat heres scriptus, substitutus est (argumento *L. ult. cod. de impub. et aliis etc.*).

§ IX.

Alteram regulam circa substitutionem vulgarem tradunt *LL.* 27, *et* 41 *ff. h. t*, nempe quod substitutus substituto censeatur substitutus etiam instituto: v. g. Titius, Maevius, et Cajus instituti sunt, si Maevius Titio substitutus sit, et Sempronius Maevio, censetur etiam Sempronius Titio substitutus, id est si Titius et Maevius ambo deficiant, portio utriusque ad Sempronium pertinebit, excluso Cajo, idque sine distinctione rescriptum, ait imperator in § 3 *inst. de vulg subst.* Neque distinguendum est utrum primo Titius, dein Maevius deficiat, an vero primo Maevius et tum Titius; hoc tamen posteriori casu major erat dubitandi ratio, cum enim tunc portio Titii nondum Maevio delata esset, poterat videri Sempronium ad portionem Titii non esse admittendum; sed et hoc casu placuit ad portionem Titii eum admittere, ex hac ratione, quod testator substituendo Sempronium Maevio, destinaverit ipsi omne quod Maevio destinaverat, Maevio autem destinaverat portionem Titii casu quo is deficeret; ergo etiam Sempronio eam destinavit; itaque non est inspiciendum praecise quaenam portio fuerit Maevio delata, nam si v. g. institutus moreretur ante testatorem, certum esset admitti substitutum, et tamen mortuus esset institutus antequam hereditas ei deferretur.

§ X.

Notandum etiam jus substitutionis fortius esse jure accrescendi, seu quod substitutus illud excludat, scilicet substitutio pro se habet evidentem testatoris voluntatem, ita ut non sit dubium quin testator voluerit excludere jus accrescendi. Itaque si Titius et Maevius heredes scripti sint, Titio Cajus substitutus, Titio deficiente, Cajus substitutus partem ejus capiet, quae alias Maevio accrevisset: quod si Maevius etiam deficeret, Cajus totam occuparet hereditatem. In aliquo tamen puncto jus accrescendi fortius est jure substitutionis, scilicet in supposito quod unus heres adita hereditate moriatur, deinde ejus coheres deficiat, portio hujus accrescet portioni ejus, qui adivit et mortuus est; ubi si substitutus moriatur antequam deficiat institutus, jus substitutionis extinguitur, licet postea deficeret institutus (*L.* 9 *princ. ff. de suis et leg. hered.*). Disparitas est, quod portio deficiens accrescat alteri portioni; cum ergo coheres alteram portionem agnoverit, eamque moriens ad heredem trasmiserit, portio deficiens heredi ejus, apud quem est altera portio, accrescet. Sed substitutio est institutio facta sub conditione, si institutus heres non sit, et consequenter antequam conditio illa existat, hereditas non defertur substituto; et sic, si substitutus ante existentiam illius conditionis moriatur, nihil unquam juris acquisivit ex substitutione, adeoque deficit substitutio; hinc si ponas Titium, Maevium, Cajum heredes institutos, et Titium mori postquam hereditatem adivit, et dein Cajum deficere, pars Caji non tantum parti Maevii, sed etiam parti Titii licet mortui accrescet: pono in eodem exemplo Titium esse Cajo substitutum, eumque mori adita hereditate, tum Cajum deficere, substitutio non habebit locum, cum Titius substitutus sit mortuus antequam conditio substitutionis existeret; ergo jure accrescendi pars Caji parti Titii, item parti Maevii accedet; unde sequitur quod, si Titius in casu institutus non esset, et moreretur ante Cajum, cui substitutus erat, pars Caji deficientis ad solum Maevium coheredem ejus jure accrescendi spectaret.

§ XI.

Unde sequitur decisio *LL.* 23, *et* 45 § 1 *ff. h. t.*, scilicet ponamus quatuor heredes scriptos, et testatorem adjecisse *omnesque invicem substituo*; si duo adita hereditate moriantur, deinde unus

deficit, portio ejus ad solum superstitem ex substitutione pertinebit, cum duo priores mortui sint antequam conditio substitutionis existeret; quod non contingeret, si testator nullam substitutionem fecisset, nam tunc portio deficientis accresceret portionibus aliorum, etiam illorum, qui post aditam hereditatem mortui essent. Hinc patet quod, dum plures heredes scribo, non sit inutile adjicere *eosque invicem substituo*; nam multum interest, an portio unius deficientis ad alios pervenire debeat jure accrescendi, an jure substitutionis. Quod si duos tantum heredes scriberem, jam vix utilitatem haberet reciproca substitutio; habuisset tamen utilitatem jure veteri, quo jure pars illius, qui ante testatorem moriebatur, fisco deferebatur per leges caducarias, quod non fiebat dum substitutum habebat.

§ XII.

In quo differt substitutio vulgaris a fideicommissaria? Substitutus vulgaris, existente ejus conditione, directe succedit testatori, sine alicujus ministerio: fideicommissarius vero accipit hereditatem ab herede instituto, nam in fideicommisso testator rogat heredem, ut alteri restituat; unde sequitur quod substitutus vulgaris non admittatur, nisi deficiente instituto, haec enim est conditio sub qua vocatus est; fideicommissi autem effectus dependet ab aditione heredis, unde si fideicommisso gravatus ante testatorem moriatur, corruit fideicommissum.

§ XIII.

Substitutio pupillaris est, qua pater substituit liberis suis impuberibus in potestate sua constitutis, casu quo intra pubertatem moriantur; scilicet nemo quidem testari potest nisi de sua successione; sed quoniam apud Romanos ominosum reputaretur sine herede testamentario mori, et impuberes testari non possent, moribus introductum est, ut pater pro liberis impuberibus testari posset, idque vi patriae potestatis. Itaque in hac substitutione singulare est, quod alter pro altero testamentum faciat, nam substitutio pupillaris nihil aliud est quam testamentum, quod pater facit filio suo in casum quo impubes moriatur: testamentum illud pupillare, licet diversum sit a testamento paterno, ita ut duo quodammodo hic sint testamenta, unum filii, patris alterum, unum tamen testamentum cum paterno facere considerantur, imo quodammodo pars et appendix censetur testamenti paterni, ut adeo a valore testamenti paterni dependeat; itaque pater qui vult testari filio suo impuberi, sibi etiam testari necesse habet, non debet tamen testari iisdem tabulis, nec eodem tempore (*L.* 2 § 1, *L.* 16 § 1 *ff. h. t.*). Caeterum ubi diverso contextu pater sibi et filio testatur, debet prius sibi, et tunc pupillo testari (*L.* 2 § 4 *ff. h. t.*): quod si eodem contextu sibi et filio testetur, tunc parum interest utrum sibi primo, an pupillo heredem scribat (*L.* 2 § 5 *et* 6 *ff. h. t.*); omnia enim, quae in eisdem tabulis sunt scripta, uno et eodem momento confirmantur, tam quoo priori, quam quae posteriori loco scripta sunt. Ex eo jam quod substitutio pupillaris sit pars et sequela testamenti paterni, sequitur quod si testamentum paternum nullum sit, corruat quoque testamentum pupillare; idemque juris est, si testamentum patris rumpatur, destituatur, vel irritum fiat, item jure veteri, si per querelam evertebatur; sed hoc posterius a Justiniano in *Nov.* 115 immutatum est, adeo ut jam per querelam non evertantur tabulae pupillares.

§ XIV.

Non aliis substituere pupillariter possumus, quam impuberibus, qui in nostra sunt potestate, et qui post mortem nostram non sunt recasuri in potestatem alterius; hinc si filium in potestate habeam, et ex eo nepotem, impuberem huic nepoti substituere non possum, nisi ipsum prius instituerim, vel exheredaverim sub formula legis Vellejae, in easum nempe quo filius me vivo moriatur (*L.* 2 *ff. h. t.*); imo non sufficit, ut is cui substituo in potestate mea sit quando ei substituo, sed etiam tempore mortis meae (*L.* 41 § 2 *ff. h. t.*). Patet non posse me substituere filio emancipato, nec etiam matrem liberis suis substituere posse.

Nec obstat *L.* 33 *ff. h. t.*, ubi proponitur matrem pupillaribus tabulis substituisse; nam substitutio, quam mater ibi fecisse proponitur, est vulgaris tantum, scilicet habens filium impuberem eum heredem scripserat, *cum erit annorum* 14; si vero heres non esset, quod nempe moreretur ante dictam aetatem, ei Titiam substituerat. Haec substitutio evidenter est vulgaris, quae tamen pupillo facta erat, et quia similitudinem quamdam cum pupillari habebat, ideo J. C. *pupillares tabulas* dixit: differt autem substitutio illius casus a pupillari, quod si filius impubes decedat, Titius matri heres erit, quia nempe filius ei heres non fuit, sed erit heres matri tantum, non etiam impuberi, prout contingit in pupillari substitutione.

§ XV.

An pater potest substituere filio, quem exheredavit? R. affirmative; non tollit enim exheredatio patriam potestatem, quae potestas est fundamentum hujus juris, nec haec substitutio inutilis erit; habebit enim substitutus bona pupilli, quamvis enim pupillus, qui a patre exheredatur, nulla bona ab eo acceperit, aliunde tamen bona acquisivisse potest. Notandum tamen talem sub-

Digitized by Google

stitotum non posse per patrem legatis gravari, nihil enim ex bonis paternis accepit, non possum autem gravare eum, ad quem nihil ex bonis meis pervenit: similiter, si substituam aliquem filio meo, quem filium mihi heredem scripsi, non possum substitutum gravare legatis ultra quantitatem bonorum meorum. De eo quaestio esse non potest, si filium praeterierim, cum tale testamentum foret nullum.

§ XVI.

Non possum etiam substituere filio puberi, licet in mea potestate sit, pubes enim sibi ipsi post mortem meam testari potest; unde leges non sunt passae ut pater ei substituat, imo omnem substitutionem impuberi factam adventu pubertatis expirare voluerunt. Non tamen necesse est, ut pater tempus pubertatis in substitutione exprimat, potest enim brevius tempus comprehendere, v. g. potest filio suo substituere, si intra decimum annum moriatur, quo casu, si filius post istam aetatem moriatur, licet impubes, substitutus non admittetur (*L.* 21 *ff. h. t.*).

Quid si Titium substituam filio meo, *si intra decimum annum moriatur*, et substituam eidem filio Maevium, *si intra decimum quartum annum moriatur:* filius autem moriatur anno octavo, an uterque substitutus admittetur? ℟. negative, sed solus Titius; licet enim verum sit dicere filium mortuum esse ante decimum, item intra decimum quartum annum, et ita videatur existere conditio utriusque substitutionis, testator tamen non videtur utrumque admittere voluisse, separavit enim tempora, et eum substituerit Titium casu quo intra decimum annum moreretur, substituendo Maevium, si intra decimum quartum annum moreretur, censetur eum substituisse, si ultra decimum, ante annum tamen decimum quartum, moreretur (*L.* 43 § 1 *ff. h. t.*).

§ XVII.

Quid si substituam filio meo impuberi, si intra annum vigesimum moriatur? Si contingat eum mori ante pubertatem, admittetur substitutus; qui enim substituit, si ante vigesimum annum moriatur, etiam substituit casu quo intra pubertatem moriatur, et licet longius tempus quam pubertatem expresserit, utile tamen per inutile vitiari non debet: quod si filius moriatur post pubertatem, licet ante annum vigesimum moriatur, substitutus tamen non admittetur, nec poterit dici filium censeri gravatum fideicommisso in favorem substituti, nam leges simpliciter dicunt substitutionem pupillarem, licet in ea longius tempus sit expressum, adventu pubertatis *finiri*, *evanescere*, *frustra fieri* (*L.* 7 *et* 14 *ff. h. t.*, § 8 *inst. h. t.*). Praeterea, dum quis substituit impuberi, si ante vigesimum annum moriatur, illa substitutio, si importaret fideicommissum pro casu quo moreretur post pubertatem, comprehenderet tantum bona, quae a patre ad filium pervenissent, nam non potest filius gravari fideicommisso ultra id, quod a patre accepit, et tamen pro casu quo filius moreretur impubes, substitutio illa etiam comprehenderet bona filii: sic verba substitutionis diversam significationem haberent pro casu, quo ante pubertatem moreretur, et diversam pro casu, quo post pubertatem moreretur; incongruum autem est, ut eadem verba semel tantum posita habeant diversas significationes pro diversis casibus. Ulterius diversum omnino effectum habet substitutio pupillaris et fideicommissum: substitutio favorabilis est filio, fideicommissum onerosum.

Obj. *L.* 76 *ff. ad S. C. Treb.*, ubi supponitur patrem filium suum impuberem scripsisse heredem, et postea in codicillis ei substituisse pupillariter; quae substitutio erat nulla, quia in codicillis hereditas nec directe dari, nec adimi potest: ait tamen J. C. quod substitutio illa sit valitura in vim fideicommissi; sicque videtur etiam dicendum, quod si pater impuberi substituat ultra pubertatem, substitutio illa, licet non possit habere effectum pupillaris substitutionis, casu quo filius post pubertatem moriatur, habeat tamen effectum fideicommissi ℟. Disparitas est quod in casu objecto supponatur substitutio facta in codicillis, in quibus non potest directe quis institui, nec substitui, sed tantum per fideicommissum; sic pater censetur improprie usum fuisse verbo substitutionis, et per hoc verbum intellexisse substitutionem fideicommissariam; nec hic occurrit hoc inconveniens quod verbum *substituo* nunc pupillarem substitutionem, nunc fideicommissum [illegible]portaret, et ita, si hodie pater filio suo im[illegible]beri ve[illegible] [illegible]llaribus substitueret, illa su[illegible] [illegible]uo importaret fidei[illegible] [illegible]arem substitutionem, utpote quae non amplius in usu est.

§ XVIII.

Quid si miles substituat filio suo impuberi casu, quo intra annum vigesimum moriatur? Siquidem ille filius moriatur ante pubertatem, substitutio pupillaris habebit effectum: quod si post pubertatem moriatur, substitutus tantum habebit bona paterna, quae ad filium pervenerint, idque ex privilegio militari (*L.* 15 *ff. h. t.*, *L.* 8 *cod. de impub. et aliis etc.*); in qua posteriori *L.* habetur; quod quasi ex fideicommisso substitutus illa bona capiat, scilicet militis voluntas ex privilegio militari pro dispositione habetur. Qui autem filio suo substituit, si intra vigesimum annum moriatur, vult ut, si bona omnia pupilli pervenire non possint ad substitutum, saltem sua bona ad eum perveniant, utque si non possint pervenire jure sub-

Digitized by Google

stitutionis pupillaris, saltem perveniant jure fideicommissi; ergo ex voluntate militis, filio moriente post pubertatem, substitutus admittetur ex fideicommisso. Eandem quidem voluntatem habet paganus, qui substituit filio suo intra annum vigesimum morienti, sed in pagano sola voluntas non sufficit: ulterius verba requiruntur, quae saltem improprie sumpta exprimant ejus voluntatem; jam autem, ut diximus, verbum *substituo* non potest importare fideicommissum pro casu, quo filius post pubertatem moriatur, et substitutionem pupillarem pro casu, quo moriatur ante pubertatem, ne eidem verbo duplicem sensum affigamus.

§ XIX.

Potest pater substituere filio suo quemcumque voluerit, sive eum quem sibi heredem scripsit, sive alium: quod si his verbis substituat *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, vocabuntur illi soli, qui in testamento patris scripti sunt, et qui revera patri heredes extiterunt; hinc, si in testamento patris servus heres scriptus sit, isque adiverit hereditatem, et ita domino eam acquisiverit, pupillo moriente, dominus, cui hereditas per servum acquisita fuit, non erit heres pupillo, quoniam dominus heres scriptus non erat in testamento patris, sed ipse servus heres erit pupillo, qui vel eidem domino, vel alteri hereditatem illam acquiret, vel sibi, si liber sit tempore quo illam hereditatem adit; hinc etiam heres heredis per illa verba non vocatur ad hereditatem filii, nec ille qui hereditatem patris repudiavit (*L.* 3 *et* 8 § 1, *L.* 10 *et* 34 § 1 *ff. h. t.*).

Ille, qui plures liberos impuberes in potestate habet, potest vel singulis dare substitutum, quo casu, uno moriente, ei succedet qui substitutus est, vel potest substituere ei qui novissimus morietur, quo casu jus legitimarum hereditatum, seu successionis ab intestato pater inter liberos servare voluit; itaque, uno moriente, alii ab intestato ei succedent, et tandem ultimo moriente admittetur substitutus, qui in hereditate ultimi reperiet hereditates eorum, qui praemortui sunt (*L.* 37 *ff. h. t.*). Caeterum quando novissimo morienti substitutum est, modo unus liberorum ad pubertatem pervenerit, substitutus in perpetuum erit exclusus (*L.* 41 § 7 *ff. h. t.*).

§ XX.

Quod si pater substituisset ei ex liberis impuberibus, qui novissimus morietur, et omnes simul moriantur v. g. ruina, naufragio etc., substitutus erit heres omnibus; imprimis habet pro se testatoris voluntatem, nam qui substituit novissimo morienti vult, ut servetur successio ab intestato, casu quo ordine moriantur, sicque substitutus ultimo succedens ex voluntate testatoris in hereditate ultimi habet omnium hereditates: adsunt etiam verba pro substituto, ultimus enim, seu novissimus non tantum dicitur ille, qui post reliquos est, sed etiam ille quem nemo sequitur, licet nemo eum praecedat; cum ergo in casu omnes liberi simul sint mortui, ita ut nullus post alium possit dici mortuus, ad omnium hereditates substitutus admitti debet (*L.* 34 *ff. h. t.*, *L.* 9 *ff. de reb. dub.*).

Obj. Si substitutus esset primo morienti, et omnes simul mortui essent, non admitteretur substitutus, idque, licet omnes possint dici mortui esse primi, cum nullus ante alium mortuus sit; ergo etiam, licet in casu omnes possint dici mortui novissimi, substitutus tamen admitti non debet. ℟. Disparitas est quod dum testator substituit ei ex liberis, qui primus morietur, non velit ut ad substitutum perveniat hereditas omnium, sed tantum ut ad eum perveniat hereditas primi; unde, dum omnes simul moriuntur, cum non constet quis primus mortuus sit, non constat etiam cujus hereditatem habere debeat substitutus; nec possumus dicere quod omnium hereditates habere debeat, quia sic fieret contra testatoris voluntatem; licet ergo verba in illo casu possint accipi in favorem substituti, cum omnes possint dici mortui primi, voluntas tamen testatoris ei obstat. Sed in nostro casu, non tantum verba sunt pro substituto, quatenus omnes possunt dici novissimi mortui, sed etiam voluntas testatoris pro eo est, quatenus omnium hereditates sint destinatae substituto per testatorem.

Obj. *L.* 34 *ad S. C. Treb.*, ubi pater qui duos filios habebat, utrumque heredem scripserat, et eum qui novissimus moreretur gravaverat partem suam restituere Titio: fratres illi simul sunt mortui: ait J. C. quod, nisi Titius probet uter ex illis novissimus mortuus sit, non admittatur ad fideicommissum; sicque videtur etiam in nostro casu substitutum debere probare quis ultimus mortuus sit, quo probato, ex substitutione admittetur. ℟. Disparitas est, quod in casu *L.* 34 non deberet ad Titium venire hereditas utriusque filii, sed tantum pars hereditatis paternae, ex qua scriptus erat ille qui novissimus moreretur; sicque Titius probare debet quis sit ultimus mortuus, alias non posset specificere cujus partem petit, praecipue, cum possit multum interesse utrum pars unius filii ad Titium pervenire debeat, utrum pars alterius. Sed in nostro casu, sive unus sit novissime mortuus, sive alter, equidem ex voluntate testatoris utriusque hereditas ad substitutum pervenire debet; sicque nulla ratio est cur probare deberet substitutus quis ultimus mortuus sit, illa enim probatio inutilis foret, cum omni casu utriusque hereditatem habere debeat.

§ XXI.

Utraque substitutio est duplex, alia expressa,

alia tacita: vulgaris tacita est, quae continetur sub expressa pupillari, et pupillaris tacita quae continetur sub expressa vulgari; itaque, si sic substitusm filio impuberi, *filius meus heres esto, si heres non sit, Titius heres esto,* licet filius cum effectu mihi heres extiterit, si tamen moriatur ante pubertatem, Titius ei succedet tamquam tacito pupillariter substitutus (*L.* 4 *ff. h. t.*). Ejus verosimiliter haec est ratio, quod Romani solerent eum, quem filio suo vulgariter substituebant, eidem etiam substituere pupillariter, quae consuetudo tandem effecit ut, licet expressis verbis pupillariter substitutus non esset, censeretur tamen ita substitutus: vice versa si pupillariter filio meo substituam, *filius meus heres esto, si intra pubertotem moriatur, Titius heres esto*, haec substitutio continet tacitam vulgarem, adeoque si filius mihi heres non sit, Titius tamquam vulgariter substitutus admittetur ad hereditatem meam, licet postea contingat filium meum ad pubertatem pervenire.

De hoc posteriori casu, scilicet quod substitutio pupillaris comprehendat etiam tacitam vulgarem, non conveniunt interpretes, sed male, ut probatur evidenter ex *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi J. C. ait: quod qui in alterum casum substituit, in utrumque casum substituere intelligatur, sicque generaliter dicit, quod alter casus utrumque contineat; et sane si admittatur quod vulgaris contineat pupillarem, a fortiori admitti debet quod pupillaris contineat vulgarem, nam pro hac posteriori adest adhuc haec ratio, quod qui pupillariter filio substituit, velit ut substitutus habeat omnia bona pupilli, utque consequenter habeat hereditatem suam, quae ad pupillum perveniet; ergo a fortiori pater vult, ut substitutus habeat saltem hereditatem suam, si filius eam non habeat.

Notandum tamen quod, dum dicimus vulgarem continere pupillarem, et vice versa supponamus terminos habiles, nam, si filio emancipato, vel puberi vulgariter substituam, clarum est quod illa substitutio non possit comprehendere pupillarem: sic etiam, si filio exheredato substituam pupillariter, pupillaris illa non potest continere vulgarem. Praeterea regula illa, quod una substitutio contineat alteram, fundatur tantum in verosimili voluntate testatoris, unde si contraria appareat, contrarium pronuntiandum erit: sic si quis filio suo substituat Titium vulgariter, et eidem filio substituat Maevium pupillariter, clarum est quod testator sub uno casu noluerit comprehendi alterum, cum casus distinxerit, et diversos pro diversis casibus vocaverit.

Sic etiam, si quis filium suum impuberem, item uxorem suam instituat heredes, et adjecerit *si heredes non sint, Titius heres esto*, illa vulgaris non continet pupillarem, ita ut, licet filius moriatur impubes, Titius tamen ad ejus hereditatem non admittatur (*L.* 4 *cod. de impub. et aliis etc.*); scilicet testator filio et uxori simul iisdem verbis substituerat, cum autem verba illa non possint continere pupillarem respectu uxoris, etiam eam non continebunt respectu filii. Idem fere casus est in *L.* 4 § 2 *ff. h. t.*, ubi quis duos filios habebat, unum puberem, alium impuberem, utrumque heredem instituerat, addideratque *eosque invicem substituo*: ait J. C quod, licet verbum *substituo* generale sit, pubes tamen non censeatur pupillariter substitutus impuberi, scilicet uno eodemque verbo testator eos invicem substituerat; jam autem verbum *substituo* quatenus afficit puberem non potest importare substitutionem pupillarem, quoniam puberi pupillariter substitui nequit, sed respectu ejus tantum importat vulgarem; ergo etiam vulgarem tantum importat quatenus afficit impuberem, idque est quod dicit J. C; incongruens enim videbatur ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Itaque ei qui habet duos liberos unum puberem, alterum impuberem, quiquo vult eos invicem substituere, et impuberi quidem pupillariter, J. C. dat hoc consilium, ut separatis formulis substituat, scilicet impuberem substituat puberi, *si heres non sit*, et puberem impuberi, *si intra pubertatem moriatur*. Si tamen separatis formulis pater substitueret puberem impuberi vulgariter, item impuberem puberi vulgariter, substitutio impuberi vulgariter facta contineret pupillarem; nec hoc negat J. C., sed tantum vult dare consilium, quando dicit quod pater bene faciet, si impuberi formula pupillari substituat; unde si aliqua circumstantia occurreret, ob quam apparere posset testatorem sub una comprehendere alteram, facile ab ista regula recederetur.

§ XXII.

Quod attinet effectum pupillaris substitutionis, in eo consistit quod si filius intra pubertatem decedat, substitutus ei heres sit, capiatque proinde omnia bona pupilli, tam ea quae a patre ad pupillum pervenerunt, quam quae aliunde pupillus acquisivit (*L.* 10 § 5 *ff. h. t.*); imo non potest pater efficere ut substitutus tantum succedat in bona, quae ab eo ad filium pervenerunt, non vero in alia bona filii, ita ut, licet in illis tantum bonis filio substituisset, nihilominus alia bona filii substitutus haberet, eodem modo ac si quis solus ex certa re heres scriptus esset (*L.* 41 § 8 *ff. h. t.*); non enim potest efficere pater, ut filius partim testatus partim intestatus decedat. Exceptio tamen est in milite, qui ex privilegio militari potest liberis suis pupillariter substituere in illis tantum bonis, quae ab eo ad filium pervenerunt (*L.* 10 § 5 *ff. h. t.*): exceptio etiam est in arrogatore, qui impuberi arrogato substituit, hic enim non potest substituere pupillariter isti filio, nisi quoad

quartam bonorum, quae ex constitutione divi Pii ad adrogatum pervenire debet, item in illis bonis, quae occasione arrogationis relicta sunt arrogato, non vero in reliquis arrogati bonis (*L.* 10 § 6 *ff. h. t.*).

Ex eadem ratione, si filius extitit heres patri suo, substitutus non potest repudiare hereditatem patris, quam reperit in hereditate pupilli, et acceptare hereditatem filii, seu bona quae filius aliunde habet (*L.* 10 § 2 *ff. h. t.*): quod si pupillus abstineat se hereditate paterna, substitutus potest adire hereditatem pupilli, nec agnoscere debet hereditatem patris, quoniam jam haec commixta non est eam hereditate filii, ut in priori casu, nec hoc quoque casu tenebitur substitutus creditoribus paternis, juxta *L.* 42 *ff. de acq. hered.*, ubi Ulpianus consentit Marcello, qui refutat sententiam Juliani putantis substitutum in hoc casu creditoribus paternis teneri.

Dictae legi 42 obstat *L.* 28 *ff. de reb. auctor. jud. poss.* ℟. Vel admittenda est antinomia inter illas leges, et tunc adhaerendum est Marcello in *d. L.* 42; vel cum Voetio dicendum, loco *idem in substituto filio herede servandum non est*, legendum est *servandum est*; quae lectio optime videtur convenire textui legis.

§ XXIII.

Quid si is, qui filio substitutus est, simul esset institutus in testamento patris, an tunc posset hereditatem patris ex institutione repudiare, et postea, filio moriente, adire hereditatem filii? ℟. Vel filius, cui substitutio facta est, exheredatus est, tuncque si is qui filio substitutus est, per suam repudiationem efficiat ut testamentum patris destituatur, corruet testamentum pupillare, utpote quod a testamento paterno dependet; si vero non destituatur testamentum patris, v. g. ex eo quod is qui repudiat coheredem habeat, poterit substitutus adire hereditatem pupilli (*L.* 10 § 4 *ff. h. t.*, *L.* 41 *ff. de acq. vel amitt. hered.*), et de eo casu, nempe quo pupillus exheredatus est, sumenda etiam videtur *L.* 40 *ff. eod.* Vel qui filio substitutus est, simul heres scriptus est cum filio, et tunc, si repudiet hereditatem patris, poterit nihilominus adire hereditatem filii, non enim per repudiationem destituit testamentum patris, cum filius heres fuerit patri, qui, licet se abstinuerit, verum est dicere quod extiterit heres, et existentia heredis sui, licet se abstinentis, sufficiat ad confirmandas tabulas pupillares.

Nec obstat *L.* 10 § 3 *ff. h. t.*, nam quod ibi dicitur, eum, qui una cum filio scriptus est heres, repudiantem patris hereditatem non posse habere hereditatem pupilli, id ita intelligendum videtur, quod si velit succedere pupillo, debeat necessario agnoscere etiam hereditatem patris, quae apud pupillum est; huncque esse sensum illorum verborum videtur colligi, si § 3 jungatur cum § 2 *d. L.*

Quid jam si is qui in testamento patris heres scriptus est, et simul filio substitutus, adierit hereditatem patris, an potest repudiare hereditatem pupilli? ℟. negative (*L.* 59 *ff. de acq. vel amitt. hered.*, *L.* 20 *cod. de jure delib.*); imo, quod hic singulare est, licet ille substitutus, qui heres patri extitit, mortuus sit antequam existat conditio substitutionis, seu antequam pupillus moriatur, hereditas tamen pupilli perveniet ad heredem substituti ex quodam jure accrescendi (*d. L.* 59).

§ XXIV.

Notandum etiam, quod quicumque patri sunt necessarii heredes, ii etiam sint necessarii heredes filii impuberis, si pater eos substituerit: v. g. si pater filium, quem in potestate habet, substituat filio impuberi, ille frater fratri necessarius heres erit; idemque est si servum suum filio substituat (*L.* 42 *in fin. ff. de acq. vel amitt. hered.*, *L.* 10 § 1 *ff. h. t.*).

§ XXV.

Nunc de casibus, quibus substitutio pupillaris evanescit. Id autem contingit, quando filius ad pubertatem pervenit, vel quando impubes ex potestate patris ante mortem ejus exivit; praeterea evanescit, si pupillus vivente patre decedat, nam tunc mortuus est filiusfamilias, et adeo heredem habere nequit; item evanescit, si substitutus moriatur antequam existat conditio substitutionis, excepto casu quem vidimus ex *L.* 59 *ff. de acq. vel amitt. hered.*; dein evanescit omnibus illis casibus, quibus testamentum patris corruit.

Ex dictis patent differentiae, quae intercedunt inter substitutionem vulgarem et pupillarem, quas proinde non recensebimus. Patent quoque differentiae inter substitutionem pupillarem et fideicommissariam, scilicet substitutus pupillaris capit omnia bona pupilli, undecumque pupillus illa acquisiverit: fideicommissu autem, quo pater filium gravat, contineri tantum possunt bona, quae a patre ad filium pervenerunt, unde filius exheredatus gravari non potest fideicommisso, nisi legata ei relicta essent, potest tamen ei pupillariter substitui, substitutio enim pupillaris nullum onus continet, sed filio favorabilis est: praeterea substitutio pupillaris tantum fieri potest in casum, quo filius impubes moriatur, fideicommisso gravari potest quandocumque moriatur, et extraneus etiam fideicommisso gravari potest: dein ex fideicommisso quarta deducitur, nihil autem detrahitur substituto pupillari.

§ XXVI.

Exemplaris substitutio est, qua substituitur fi-

beris mente captis in casum, quo moriantur antequam resipiscant; et dicta fuit exemplaris, quia fuit introducta ad exemplum pupillaris substitutionis, et quidem ante Justinianum ita substituere non licebat, nisi venia principis impetrata, cujus veniae exemplum est in *L.* 43 *ff. h. t.*; sed Justinianus illam substitutionem generaliter permisit in *L.* 9 *cod. de impub. et aliis etc.* Cum autem haec substitutio ad exemplum pupillaris sit introducta, eadem in ea obtinent quae in pupillari, nisi quoad ea, in quibus leges nominatim eam a pupillari discrepare voluerunt; itaque imprimis, substitutio exemplaris nihil aliud est quam testamentum, quod parens facit pro filio mente capto, casu quo in eo statu moriatur, debetque qui sic substituere vult, primo sibi testamentum facere, ita ut ab eo dependeat testamentum filii; hinc quaeritur an filio exheredato exemplariter substitui possit? Et verius videtur posse, scilicet potest substitui pupillariter filio exheredato, ergo et exemplariter, nisi probetur contrarium a legibus definitum esse; nam non minus favorabile est filio exheredato, ut ei possit exemplariter substitui, quam ut pupillariter.

Obj. *d. L.* 9, ubi dicitur quod parens possit substituere liberis mente captis, *legitima eis portione relicta*; ex quibus verbis contrariae sententiae fautores inferunt, quod non aliter valeat substitutio exemplaris, quam si filio cui substituitur legitima relicta sit, et adeo quod non valeat, si fiat filio exheredato. ℟. quod quando Justinianus mentionem facit de legitima relinquenda mente capto cui substituitur, illud non requirat ut valeat substitutio pupillaris, sed tantum ad hunc finem, ne forte testamentum patris rescindatur per querelam inofficiosi, ut ex verbis sequentibus imperatoris patet.

Haec substitutio non dependet a patria potestate sicuti pupillaris, Justinianus enim omnibus parentibus potestatem dedit ita substituendi, modo tamen illi quibus sic substituitur, non sint recaturi in potestatem alterius post mortem substituensis, nam tunc heredem habere non possent; itaque etiam mater exemplariter substituere potest, et pater filio emancipato: quod si plures eidem filio substituant, v. g. pater filio substituit, item mater, utraque substitutio locum habere non poterit, cum filius non possit mori cum pluribus testamentis; in hoc casu videtur praeferenda substitutio quam pater fecit, licet enim illud jus substituendi non fundetur in patria potestate, magis tamen ad patrem spectare videtur administratio et dispositio bonorum filii, quam ad matrem.

Quod attinet eos, quos pater potest substituere filio suo mente capto, Justinianus vult ut, si mente captus liberos sanae mentis habeat, debeat pater eos substituere: quod si non habeat, tunc debeat pater proprios liberos, seu fratres et sorores mente capti, qui sanae mentis sunt, substituere, ita ut tantum in defectum illorum possit alios substituere: quod si filius mente captus habeat plures liberos sanae mentis, plures volunt patrem debere eos omnes substituere, et ita intelligunt haec verba imperatoris, *non liceat parenti qui, vel quae testatur alios quam ex eo descendentes, unum, vel certos, vel omnes substituere*; quae verba sic expliceant, ac si Imperator vellet quod, si mente captus habeat unum filium, debeat pater eum substituere, si duos, utrumque, si plures, omnes: verum dicendum quod per verbum *certos* intelligat *aliquos*, adeo ut sensus sit quod si mente captus habeat descendentes, debeat parens ei substituere aliquem, vel aliquos ex illis, vel omnes, prout vult; quod si non habeat descendentes, tunc parens ex suis descendentibus debeat substituere aliquem, vel aliquos, vel omnes, prout vult.

Exspirat substitutio exemplaris filio ad sanam mentem redeunte, ut expresse Justinianus ait, nec convalescit, si iterum in amentiam incidat, potuit enim, dum sanus erat, testamentum sibi ipse facere (*L.* 43 *ff. h. t.*).

TITULUS VII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

Hanc materiam tractabimus sub *tit. de cond. et demonstr.*

TITULUS VIII.

DE JURE DELIBERANDI.

Et hanc materiam tractabimus *tit. de acq. vel amitt. hered.*

LIBER VIGESIMUS NONUS

—

TITULUS I.

DE TESTAMENTO MILITIS.

Testamentum militare est quod factum est jure militari ab eo, qui in expeditione constitutus est.

Variis privilegiis circa testamenti factionem gaudent milites, pluraque sunt quae in paganis testamenti factionem impediunt, non vero in militibus. Imprimis miles de suo statu incertus testari non impeditur (*L.* 11 § 1 *ff. h. t.*); nec impeditur surdus et mutus (*L.* 4 *ff. h. t.*); nec capite damnatus ob crimen militare, modo tamen de bonis castrensibus tantum testetur (*L.* 11 *ff. h. t.*); deportatus a milite heres institui potest, et quamvis non omnes incapaces miles instituere possit,

sufficit tamen, quod tempore mortis militis capaces sint, licet testamenti tempore capaces non fuerint (*L.* 13 § 2 *ff. h. t.*); omnis solemnitas militibus remissa est, sola eorum voluntate ad testamentum sufficiente, modo seria sit, ac de ea constet (*L.* 24 *ff.*, *L.* 15 *cod. h. t.*).

Quaeritur an, si miles in expeditione constitutus destinasset testari jure communi, seu paganico, et antequam omnes solemnitates adhibuerit, moriatur, testamentum jure militari sit valiturum? Ratio dubitandi est, quod renuntiasse videatur privilegio suo testandi jure militari, volueritque testari jure communi, et adeo, cum solemnitates adhibitae non fuerint, ejus testamentum effectum sortiri nequit. Sed recte J. C. in *L.* 3 *ff. h. t.* ait testamentum valere jure militari, miles enim volens testari jure communi, non renuntiavit privilegio militari, ideo potius jure communi testari cupiebat, quod putaret modum illum esse securiorem, quod ergo ad majorem securitatem elegit nocere ei non debet; et sane absurdum foret, ut quod quis ad majorem securitatem adhibet, voluntatem ejus destrueret.

Obj. Si paganus testamentum faceret, et tantum adhiberet quinque testes, tale testamentum nequidem vim codicillorum haberet, quamvis tamen ad codicillos sufficiant quinque testes. R. Disparitas est, quod codicilli multum differant a testamento, ut adeo non sequatur eum, qui vult facere testamentum, velle facere codicillos; contra qui testamentum facit, testatus decedere vult, qui codicillos facit, intestatus decedere vult; sicque in casu objecto, quoniam non codicillos, sed testamentum facere voluit, scriptura illa non habebit vim codicillorum, nisi adjecerit clausulam codicillarem, id est dixerit se velle ut, si scriptura illa non valeret tamquam testamentum, valeret saltem tamquam codicillus. Sed qui in casu jure communi testari vult, eum possit jure militari testari, vult certe ut, si testamentum suum non valeat jure communi, valeat saltem jure militari; vult enim testatus decedere, nec elegit testator juxta jus commune testari ad destruendam suam voluntatem, sed ad majorem securitatem.

Remittuntur etiam militi omnia, quae ex subtilitate juris in testamento paganico observari debent, et adeo exheredatis a milite querela non datur: potest miles impune praeterire liberos suos, modo voluerit eos praeterire, nam si errore eos praeterierit, nesciens forte se liberos habere, vel mortuos credens, testamentum non valebit (*L.* 9 *cod. h. t.*), non ideo quia non potuit praeterire, sed quia non voluit, alias enim privilegium militi concessum in ejus praejudicium vergeret, nam contra ejus voluntatem libori essent exclusi: ita quoque, quamvis testamentum militis per nativitatem posthumi non rumpatur, si posthumum vere praeterire voluerit, si tamen miles nesciens uxorem suam ventre plenam posthumum praeterierit, posthumus nascens rumpet testamentum (*L.* 33 § 2, *L.* 7 *ff. h. t.*).

Potest miles pupillariter filio substituere, quamvis sibi testamentum non faciat, et licet testamentum quod miles sibi fecit corruat, non tamen corruet substitutio pupillaris (*L.* 15 § 5, *L.* 41 § *ult. ff. h. t.*).

Potest miles pro parte testatus, pro parte intestatus decedere; hinc potest heredem scribere ad tempus, ita ut qui sic scriptus est post tempus adjectum desinat heres esse; item ex tempore, sic potest aliquem scribere heredem usque ad decem annos, quibus elapsis, alium (*L.* 15 § 4, *L.* 41 *ff. h. t.*); hinc etiam extraneo, item puberi potest directe substituere in casum, quo fuerit heres, et moriatur v. g. intra certum tempus, ita tamen ut in hac substitutione tantum veniant ea, quae a milite ad heredem sunt profecta, non vero alia heredis bona (*L.* 5 et *L.* 41 § 4 *ff. h. t.*).

Ex eo, quod miles possit pro parte testatus decedere, sequitur quod si miles unicum heredem ex semisse instituerit, vel ex re certa, heres ille tantum habiturus sit semissem, vel rem illam, reliquum habituri heredes ab intestato; in dubio tamen non censetur voluisse miles partim testatus partim intestatus mori: sic, si Titium ex uncia instituerit, Maevium in duabus unciis, Titius unam tertiam, Maevius duas tertias hereditatis habebunt, censetur enim miles hoc casu voluisse hereditatem suam dividere in tres uncias, nec attendisse ad divisionem legalem in duodecim uncias; omnisque testator etiam paganus potest hereditatem suam dividere in tot uncias quot vult, nec sequi cogitur divisionem legalem (*L.* 3 *cod. h. t.*). Ex quibus consequens est, quod inter heredes militis lex non dederit jus accrescendi; quod enim jus illud inter heredes lex dederit, resultat ex regula quod nemo pro parte testatus etc., quae in testamento militis non obtinet; itaque non alias jus accrescendi in testamento militis locum habebit, nisi voluerit miles, et ita, si miles instituat Titium ex semisse, Maevium ex semisse, Titio deficiente, semis ejus non accrescet Maevio, sed heredibus ab intestato deferetur: si tamen miles ita dixerit, *Titius et Maevius heredes sunto*, uno deficiente, pars ejus alteri accrescere videtur, eum enim eos conjunxerit, videtur totam utrique destinasse hereditatem, et sic ex voluntate militis inter eos dari locus juri accrescendi.

Hoc etiam speciale est in milite, quod si alium heredem scribat ex bonis castrensibus, alium ex bonis paganicis, videantur esse quasi duae diversorum hominum hereditates, ita ut ad heredem castrensium solum transeant debita et credita castrensia, ad alium vero debita et credita aliunde contracta (*L.* 17 § 1 *ff. h. t.*).

Potest miles cum pluribus testamentis decede-

re, ita ut omnia habitura sint effectum, modo sibi non contradicant, quo casu ultima voluntas praevalebit: quod si ultimum tantum pro parte priori deroget, eatenus tantum praevalebit (*L.* 36 § 1, *L.* 19 *ff. h. t.*).

Sed et sciendum solam militis voluntatem sufficere ad revocandum prius testamentum (*L.* 15 § 1. *L.* 34 § 1 et 2 *ff. h. t.*).

Tandem Falcidiae et Trebellianicae deductioni in ejusmodi testamentis locus non est.

His privilegiis non gaudet miles, nisi in expeditione testetur (*L.* 17 *eod. h. t.*); si tamen in expeditione testetur, quamdiu militare pergerit valet testamentum, imo et anno postquam militia missus est, modo honesta fuerit missio: quod si post illum annum moriatur, effectu testamentum destituetur (*L.* 38 *pr.* § 1 *ff. h. t.*).

Quid si paganus testamentum condiderit ob defectum solemnitatum nullum, et tunc miles fiat, moriaturque in castris, an tale testamentum jure militari valebit? Siquidem miles illo in expeditione voluntatem noviter non expresserit, non habebit effectum, nam imprimis non potest habere effectum jure communi, cum solemnitates, aut saltem aliqua desit, nec etiam jure militari, cum, ut eo jure valeat, requiratur ut in expeditione factum fuerit; sed si in expeditione ostendat quoquo modo vollo se eum hoc testamento mori, valebit testamentum, non quidem tamquam ante conditum, sed tamquam continens voluntatem noviter manifestatam (*L.* 20 § 1, *L.* 25 et *L.* 9 § 1 *ff. h. t.*). Quod ergo ait Ulpianus in *L.* 15 § 2 *ff. h. t.* testamentum tale jure militari valere, ***si militis voluntas contraria non sit***, non ita exaudiendum, quasi nulla nova voluntas requireretur, sed ita, quod tunc valeat testamentum jure militari, ***si voluntas quam miles in castris ostendit non sit contraria***, ita tamen ut voluntas aliqua in expeditione requiratur; id enim ipse Ulpianus requirit in *d. L.* 9 § 1 *ff. h. t.*, ubi dicit testamentum jure militari valere, ***si id maluit miles***; quae verba sane novam voluntatem important.

Praeter milites, illi testamentum militare condunt, qui castra sequuntur, ita tamen, ut eorum testamenta jure militari facta tantum effectum habeant, si ibi moriantur, adeo ut, si castra sequi desinant, corruat dispositio jure militari facta (*L. ult. ff. h. t.*).

TITULUS II.

DE ACQUIRENDA VEL AMITTENDA HEREDITATE.

§ I. Quid sit hereditas.
§ II. De heredibus suis, suis et necessariis, et voluntariis.
§ III. Quinam necessarii dicantur.
§ IV. Quaenam requirantur, ut quis possit adire hereditatem.
§ V. Si quis ignoret impletam esse conditionem, sub qua scriptus est, an poterit adire.
§ VI. Quid si qui puro scriptus erat, putans se sub conditione scriptum, eam implevurit, vel putet eam impletam esse.
§ VII. Quid si testamentum dicatur falsum, an hereditas adiri poterit.
§ VIII. Quid si uxor testatoris putetur gravida, an aditioni locus erit.
§ IX. Exponitur L. 17 § 1 *ff. h. t.*
§ X. Quid si heres voluntarius, eum crederet se necessarium, adiverit.
§ XI. Quid si paterfamilias, credens se filiumfamilias, adiverit.
§ XII. Du bus modis aditur hereditas: expresse et tacite.
§ XIII. Pure et tota hereditas adiri debet, et aditio per ipsum heredem fieri debet.
§ XIV. An furiosus, pupillus, vel filiusfamilias adire possint hereditatem.
§ XV. De tacita aditione hereditatis.
§ XVI. Quid si servo alicui libertas esset legata sub conditione *si heredi decem det*, an heres illa decem acceptando videbitur se pro herede gessisse.
§ XVII. Quid si quis scriptus sit heres sub conditione, an illam implendo videbitur se pro herede gessisse.
§ XVIII. Si Titius sit heres scriptus, eique Maevius sit substitutus, Titius autem accipiat pecuniam a Maevio ut hereditatem repudiet, an per hoc gerit se pro herede.
§ XIX. Duplici quoque modo repudiari potest hereditas.
§ XX. Quis sit effectus aditionis hereditatis.
§ XXI. De jure deliberandi.
§ XXII. De beneficio inventarii.
§ XXIII. An sicuti heres qui inventarium non fecit amittit quartam Falcidiam, ita etiam amittat Trebellianicam.
§ XXIV. An filius, qui inventarium non fecit, amittit legitimam.
§ XXV. An heres, qui inventarium non fecit, debet solvere legata ultra vires hereditarias.
§ XXVI. An heres, qui mala fide aliquas res omisit referre in invantarium, incurrit poenas neglecti inventarii.
§ XXVII. An potest heres etiam postquam adivit inventarium facere.
§ XXVIII. An hereditas non adita transmittitur ad heredes.
§ XXIX. De transmissione ex jure suitatis.
§ XXX. De transmissione ex potentia sanguinis.
§ XXXI. De transmissione ex jore deliberandi.
§ XXXII. Differentiae inter illas transmissiones.

§ I.

Hereditas definiri solet successio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit (*L.* 24 *ff. de verb. sign.*). Notandum autem quod proprie loquendo non sit amplius hereditas, postquam per heredem est acquisita, tunc enim quod ante erat hereditas, incipit constituere patrimonium heredis; unde, si heres rogatus sit post mortem suam restituere quidquid ex hereditate ad eum pervenit, fructus quidem ante aditam hereditatem perceptos restituere debet, non vero quos post adi-

tionem percepit; hi enim non pervenerunt ad ipsum ex hereditate, sed ex bonis, quae jam ipsius facta erant, eum per aditionem desierit esse hereditas. Aliquo tamen sensu hereditas, licet jam inde heredi acquisita, adhuc dicitur hereditas, sic dicitur hereditas peti, restitui, vendi etc., quae tamen supponunt hereditatem jam inde esse aditam, nempe ibi hereditas sumitur pro eo quod fuit hereditas antequam adiretur, seu pro eo quod heres per aditionem acquisivit.

Caeterum hereditas quamdiu jacet, seu quamdiu non est adita, repraesentat personam defuncti; praeterea, quamvis rerum hereditariarum proprie loquendo nemo dominus sit jacente hereditate, ipsa tamen hereditas vicem personae sustinet, videturque domina rerum hereditariarum; itaque quidcumque servi hereditarii interea acquirant, acquirunt hereditati tamquam dominae (*L.* 61 *ff. de acq. rer. dom.*). Ea tamen, quae personam supponunt, seu quae in facto consistunt, servus hereditarius nequit acquirere; hinc non potest acquirere usumfructum, et si usumfructum stipuletur, stipulatio non valet (*L.* 26 *ff. de stipul. serv.*); sic etiam res hereditariae jacente hereditate possideri non intelliguntur, unde nec furtum earum fieri posse veteres statuebant (*L.* 1 § 15 *ff. si is qui test. liber esse etc.*); utilitatis causa tamen receptum est ut, tempore quo jacuit hereditas usucapio currat, ita ut heres postea adiens illud computare possit ad complendam usucapionem rerum, quas defunctus bona fide possidebat (*L.* 31 § 5 *ff. de usurp. et usuc.*); imo etiam jacente hereditate usucapionem earum compleri posse receptum est (*L.* 40 et 44 § 3 *ff. eod.*), licet stricte loquendo possessio fuerit interrupta.

§ II.

Ubi jam heres adivit, hereditas ei acquisita videtur a momento, quo defunctus mortuus est. Acquiritur autem hereditas duobus modis, scilicet alii eam acquirunt ipso jure, ut necessarii heredes, item sui et necessarii; alii per aditionem, nempe voluntarii, seu extranei heredes.

Necessarii heredes sunt servi, qui a domino suo in testamento heredes scripti sunt, et ex eodem libertatem acceperunt: hi post mortem domini necessarii heredes sunt ipso jure, habent tamen beneficium, scilicet petere possunt separationem bonorum hereditariorum ab illis, quae post mortem domini sibi acquirunt, qua separatione petita, licet bona hereditaria non sufficiant creditoribus, illi vendere nequeunt bona quae servus liber factus sibi aliunde acquisivit (*L.* 1 § *ult. ff. de separat.*).

Quod attinet eos, qui simul sunt sui et necessarii, illi simul ac ipsis delata est hereditas, ipso jure eam acquirunt, licet ignoraverint eam sibi delatam esse, et quidem etiam inviti heredes sunt, ideo dicti necessarii. Caeterum, cum praetori durum videretur eos invitos onerari oneribus hereditariis, dedit ipsis beneficium, quo si utantur, considerantur a praetore quasi heredes non essent: eo autem beneficio non amplius uti possunt postquam se immiscuerunt, nisi per viam restitutionis in integrum, si forte minor se immiscuerit: excipitur pupillus qui, licet se immiscuerit, adhuc tamen abstinere se potest, etiam sine in integrum restitutione (*L.* 57 *pr. et* § 1, *L.* 11 *ff. h. t.*).

Hoc beneficium abstinendi, quod praetor introduxit, non efficit quominus sui heredes adhuc vere sui heredes sint, et hereditatem ipso jure acquirant, ut denotat ipsa vox abstentionis, quae supponit jus jam inde quaesitum; nec operatur ipso jure hoc beneficium, sed requirit ut suus heres declaraverit se eo uti velle, adeo ut antequam factum abstentionis ponat, cum effectu tamquam heres a creditoribus possit conveniri, imo etiam postquam se abstinuit, licet praetor eum consideret ac si heres non esset, non tamen penitus heres esse desinit, nam, ut diximus, ipso jure adhuc tamquam heres conveniri potest, licet possit creditores exceptione repellere: sic quoque, ut ante vidimus, si quis ex testamento existat suus heres, licet se abstineat, et nemo alter heres existat, id tamen sufficit ad sustinendas tabulas pupillares.

Multum ergo differt abstinentia sui heredis a repudiatione extranei heredis, nam, si ille qui solus scriptus erat, repudiet, in totum destruitur testamentum, ut nec pupillares tabulae valeant; item ille qui repudiavit, nullo sensu nequidem nomine tenus potest videri heres esse vel fuisse; praeterea suus heres, licet se abstinuerit, modo tamen res adhuc integra sit v. g. bona non sint vendita etc., potest adhuc hereditatem acceptare intra tempus a Justiniano statutum in *L. ult. cod. de repud. vel abst. hered.* Extraneus autem, qui semel repudiavit, adire amplius nequit, nisi per viam in integrum restitutionis: ulterius, si extraneus heres repudiet, postquam ejus coheres jam inde se immiscuit, pars ejus necessario accrescet coheredi, qui illam agnoscere debet. Quod si heres suus se abstineat, potest quidem coheres ejus agnoscere portionem abstinentis, si in solidum creditoribus teneri velit; verum eam agnoscere non cogitur, licet jam inde suam partem adiverit.

Casu tamen, quo portionem abstinentis agnoscere non vult, a sua etiam portione recedere debet, ita ut vel totam hereditatem agnoscere, vel a tota debeat recedere (*L.* 55 *et ult. ff. h. t.*). Aliud esset, si postquam suus heres se abstinuisset, ejus coheres adiverit, nam tunc in totum deberet agnoscere hereditatem, nec amplius ei liberum esset a tota recedere (*L.* 38 *ff. h. t.*).

Quae dicta sunt de casu, quo unus heres se abstinet, quod nempe ejus coheres, qui jam adivit,

vel totam agnoscere, vel a tota recedere debeat, dicenda etiam sunt de casu, quo unus heres qui adiverat in integrum fuit restitutus (*L.* 61 *ff. h. t.*).

§ III.

Quaeritur jam, quinam sint sui et necessarii heredes defuncto? Et dicendum quod omnes illi sint sui et necessarii heredes defuncto, quibus defuncti hereditas defertur, modo in potestate defuncti fuerint quando moriebatur; unde non est necesse ut, moriente defuncto, proximum in potestate ejus locum obtinuerint: sic v. g. in casu *L.* 16 *ff. de liberis et posthumis*, quam sub illo titulo vidimus, nepos avo suus heres existit, licet pater tempore mortis avi eum praecesserit; idem est in casu § 7 *inst. de hered. quae ab intestato etc.*, ubi habetur quod si unum filium haberem, eum exheredaverim, et extraneum heredem ex asse scripserim, filius autem moriatur, herede scripto deliberante, deinde heres repudiet, et sic testamentum destituatur, nepos ex filio erit mihi suus heres; filio enim meo nunquam delata fuit hereditas, nec ex testamento, cum in eo exheredatus esset, nec ab intestato, nam ab intestato non fuit delata, nisi postquam heres scriptus repudiavit, quod demum contigit mortuo meo filio; cum autem eo tempore nepos reperiatur proximus, ipsi defertur hereditas ab intestato, cumque in potestate mea fuerit, existit mihi suus et necessarius heres.

Imo licet quando ab intestato succeditur, pro regula tradi possit, eum esse suum heredem, qui proximus in potestate defuncti erat tempore quo deferebatur hereditas, nequidem tamen hoc necesse est, quando ex testamento succeditur, ut evidens est ex *L.* 6 § 5 *ff. h. t.*, ubi supponitur: quod filium meum exheredaverim, et nepotem ex eo instituerim heredem, diciturque nepotem illum esse mihi suum et necessarium heredem, ita ut hereditatem acquirat patri suo in cujus potestate est; et tamen ille nepos, tempore quo ei defertur mea hereditas, non est proximus in potestate. Generalius ergo dici potest omnem eum esse mihi suum heredem, qui in potestate mea tempore mortis fuit, et cui postea mea hereditas defertur, sive fuerit proximus in potestate mea quando moriebar, vel non, sive etiam sit proximus, vel non, quando ei defertur mea hereditas.

§ IV.

Nunc de extraneis, seu voluntariis heredibus. Hi autem hereditatem non acquirunt, nisi eam adiverint: ut autem possint adire, haec quatuor requiruntur, quae etiam requiruntur ut possint repudiare: 1.° ut sint capaces acquirendae hereditatis, 2.° ut hereditas ipsis sit delata, 3.° ut sciant sibi delatam esse, et 4.° ut sciant ex qua causa ipsis delata sit, an ex testamento, an ab intestato.

Quod attinet secundum requisitum, hereditas defertur duobus modis, nempe ex testamento et ab intestato. Ex testamento defertur a momento mortis testatoris, in supposito quod heres sit pure scriptus: ubi vero sub conditione scriptus est, non defertur, nisi ab existentia conditionis: idem est, si in testamento posthumus, qui in ventre est quando testator moritur, sit praeteritus, nam ex tali testamento non defertur hereditas, nisi a momento quo mulier abortum fecit, ante enim adhuc incertum est an testamentum non sit rumpendum; itaque si heres in testamento scriptus adeat vel repudiet hereditatem ante mortem testatoris, vel ante existentiam conditionis, aditio non valet, nec repudiatio.

Ab intestato defertur hereditas a momento, quo certum est neminem ex testamento fore heredem (*L.* 39 *ff. h. t.*); itaque si proximus ab intestato adeat, vel repudiet hereditatem tempore, quo heres scriptus deliberat, vel antequam conditio institutionis deficiat, nil agit, debetque, ubi postea conditio institutionis defecit vel heres scriptus repudiavit, de novo adire vel repudiare.

Tertium requisitum, ut quis hereditatem adeat, est, ut sciat eam sibi delatam esse: scilicet, placuit Romanis ne leviter et inconsiderate hereditates adirentur, aditionem hereditatis non tantum actum voluntatis, sed etiam animi esse considerabant; illi autem actus non nisi vera et certa scientia perfici possunt, ut ait J. C. in *L.* 76 *ff. de reg. jur.*, et in illis actibus utimur regula, quod plus sit in opinione quam in veritate. Aliud est in actibus, qui a sola voluntate dependent, ut in simplici acquisitione dominii: sic v. g. si rem traditam accipiam a domino, licet putem eum dominum non esse, dominium tamen acquiro, error enim ille non impedit quominus voluntatem habeam dominium acquirendi (*L.* 9 § 4 *ff. de juris et facti ignor.*).

Itaque licet ille qui me heredem instituit, jam inde mortuus sit, et sic hereditas ejus mihi delata sit, si tamen mortem ejus ignorem, nec adire, nec repudiare hereditatem possum (*L.* 19 et 32 *ff. h. t.*): sic etiam qui incertus est de statu testatoris, an paterfamilias esset, an filiusfamilias, licet revera paterfamilias fuerit, heres hereditatem adire non potest, quia illo dubitat an testamentum valeat, et sic dubitat etiam an hereditas ex eo sibi delata sit (*L.* 32 § 2 *ff. h. t.*).

§ V.

Hinc, si quis ignoret impletam esse conditionem sub qua scriptus est, licet revera impleta sit, adire tamen nequit; idemque est de eo, qui nescit an pure, an sub conditione sit scriptus, vel qui

scit quidem se sub conditione scriptum esse, sed nescit sub qua, licet utroque casu conditio extitisset (*L.* 32 § 1 *ff. h. t.*).

Obj. *L.* 21 § *ult ff. h. t.*, in qua videtur dicere J. C., quod is qui sub conditione scriptus est, possit adire hereditatem, licet ignoret eam extitisse. R/. Sed ibi non est sensus istius legis, nempe ibi J. C. imprimis decidit, quod si quis sciat se ex parte scriptum esse heredem, ignoret autem ex qua parte, nil impediat quominus adeat hereditatem; deinde ponit casum, ubi quis ex parte pure scriptus est heres, et ex altera parte sub conditione, aitque eum posse adire hereditatem, fierique heredem ex utraque parte; nempe eum esset ex parte pure scriptus, hancque partem sibi delatam esse sciret, id sufficiebat ut adire posset, utque alteram partem etiam acquireret, quamvis ignoraret conditionem ejus extitisse; nam, modo sciam me ex parte puro scriptum esse, sufficit ut adire possim, et ut per hanc aditionem habeam totum id, quod mihi delatum est, licet ignorem quanta pars mihi delata sit; itaque J. C. non loquitur de eo, qui sub conditione scriptus est, sed de eo qui partim pure, partim sub conditione scriptus est.

§ VI.

Quid si quis pure scriptus sit, putansque se sub conditione scriptum eam impleverit, vel putet impletam esse? Utroque casu adire potest, nam hereditas vere ei delata est, cum sit pure scriptus, et licet putet se sub conditione scriptum, simul tamen putat eam adimpletam esse, adeoque certus est delatam sibi esse hereditatem, et sic ejus error non impedit quominus adeat (*L.* 34 § 1 *ff. h. t.*).

§ VII.

Quid si testamentum dicatur falsum, seu fabricatum ab alio quam testatore, an heres in eo scriptus adire potest? Siquidem heres certus sit testamentum fabricatum non esse, v. g. si ipse dicatur fabricasse, adire poterit, nam tunc certus esse potest an fabricaverit, nec ne: quod si heres sciat fabricatum esse, vel dubitet an falsum sit, nec ne, adire non potest, nam tunc dubitat an hereditas ex illo testamento sibi delata sit (*L.* 17, et *L.* 46 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Quid si uxor testatoris putetur gravida, cum tamen gravida non sit, an potest adiri hereditas? Siquidem supponatur talis heres, qui una cum posthumo debet succedere, casu quo is nasceretur non vetatur adire hereditatem, quoniam tunc, licet putet mulierem gravidam esse, scit tamen quod ibis, licet gravida foret, hereditas deferretur; itaque, qui una cum posthumo est heres scriptus in testamento, potest adire hereditatem, licet putet mulierem esse gravidam; item ille, qui heres scriptus est in testamento, quo posthumus est exheredatus, potest adire hereditatem, licet putet mulierem gravidam esse, quoniam scit non esse periculum ne testamentum rumpat.

Aliud est de herede, qui esset tantum scriptus in testamento, in quo posthumus praeteritus esset, ille enim adire non posset, nisi certe sciret uxorem testatoris non esse gravidam; alias enim nesciret an testamentum rumpendum nun esset, et adeo nesciret etiam an hereditas sibi debita sit (*L.* 30 § 2, 3, 4 et 5, et *L.* 84 *ff. h. t.*).

Si tamen suus heres esset institutus in testamento, in quo posthumus praeteritus est, licet ille putaret mulierem esse gravidam, et tamen revera gravida non esset, error ille non obstaret quominus ipso jure existeret heres; nam in suis heredibus necesse non est, ut sciant hereditatem sibi esse delatam, sed statim ae delata est, heredes existunt; jam autem in casu delata est, cum supponatur mulierem praegnantem non esse, et sic certum est testamentum non esse rumpendum (*L.* 30 § 6, *L.* 84 *ff. h. t.*).

Quarto. Debet heres scire ex qua causa sibi delata sit hereditas, an ex testamento, an ab intestato; sic, si proximus heres ab intestato, qui in testamento scriptus erat, adeat hereditatem, putans eam ab intestato sibi delatam esse, aditio non valebit, licet enim ei delata esset, non tamen ab intestato ei delata erat, sed ex testamento, idque ignorabat: vice versa, si idem scriptus sit heres in testamento quod nullum est, ipseque putans id valere, adeat, aditio non valebit, licet ab intestato vere ei delata sit hereditas (*L.* 22 *ff. h. t.*).

§ IX.

Huc spectat *L.* 17 § 1 *ff. h. t.*, ubi quaeritur quid si is, qui ab intestato succedere debuisset, in testamento sit scriptus heres, ille autem repudiet, vel ex testamento, vel ab intestato? Et siquidem repudiaverit ex testamento, nihil vetat quominus adeat ab intestato, scilicet statim ac repudiavit, testamentum per ejus repudiationem fuit destitutum, adeoque statim delata fuit hereditas ab intestato, et sic, cum sit proximus ab intestato, nil vetat quominus ab intestato adeat, nam ab intestato non repudiavit: caeterum si ab intestato adeat, eodem modo legata solvere debebit, quae in testamento erant relicta, ac si ex testamento adivisset, juxta praetoris edictum sub tit *si quis omissa causa testamenti etc.*

Sed quid si in casu ab intestato repudiet, an valet repudiatio? Siquidem nesciverit se in testamento scriptum esse, repudiatio non valet, nescit enim ex testamento sibi delatam esse hereditatem,

sicque ex testamento repudiare nec voluit, nec potuit: ab intestato autem repudiare non poterat, non enim delata erat hereditas ab intestato tempore quo repudiabat, cum adhuc ex testamento deferretur. Si vero sciverit se esse heredem in testamento scriptum, et repudiet ab intestato, valebit repudiatio, nec poterit amplius nec ex testamento, nec ab intestato adire: ratio est quod velit repudiare ab intestato, ut supponitur, ut autem possit repudiare ab intestato, debet ipsi delata esse ab intestato, seu debet repudiasse ex testamento; sicque repudiando ab intestato, ne actus sit inutilis, et ne censeatur voluisse ludere, credendus est simul ex testamento repudiasse, quod facere poterat, cum supponatur scire hereditatem sibi ex testamento delatam esse.

Sed dices, quomodo potest valere ejus repudiatio ab intestato, cum tunc nondum esset delata hereditas ab intestato. Ut jam diximus, creditur simul ex testamento repudiare, eo autem ipso quo repudiat ex testamento defertur ipsi hereditas ab intestato, itaque eodem momento illa procedunt, nempe statim ac repudiat ab intestato, repudiat simul ex testamento, et sic momento quo repudiat ab intestato, hereditas ab intestato defertur, sicque valet repudiatio.

§ X.

Quid si is, qui putabat se heredem esse necessarium, cum tamen esset voluntarius, adeat vel repudiet? Non valet aditio, nec repudiatio (*L.* 15, *et* 16 *ff. h. t.*); non enim potest habere verum animum adeundi vel repudiandi, putat enim se heredem jam esse, et sic aditionem, quam facit, et repudiationem esse inutiles.

§ XI.

Quid si heres scriptus, qui revera paterfamilias est, putet se filiumfamilias, an potest hereditatem adire? Siquidem revera putet se esse filiumfamilias, et jussu ejus, in cujus potestate se esse credebat, adeat, aditio non valet; ille enim non habet animum acquirendi sibi hereditatem, sed patri, et non tam se esse heredem vult, quam patrem facere heredem, itaque nec ei cujus jussu adiit acquiret, cum in ejus potestate non sit, neo sibi, cum sibi acquirere noluerit (*L.* 6 § 4 *ff. h. t.*). Si vero dubitet an paterfamilias sit, nec ne, et adeat, valebit aditio; ignorantia enim illa non efficit quominus sciat vere sibi delatam esse hereditatem, et cum dubitet an sit paterfamilias, nec ne, hunc animum habet, ut si filiusfamilias sit, acquirat patri, si paterfamilias, sibi. Itaque si paterfamilias sit, non est ratio cur aditio non valeret, juxta *L.* 34 *ff. h. t.*, ubi J.C. dat disparitatem inter eum, qui dubitat de suo statu, et eum qui dubitat de statu testatoris: nempe posterior simul dubitat de valore testamenti, adeoque non est certus an hereditas sibi delata sit, et sic non mirum quod ejus aditio non valeat, sed prior scit hereditatem sibi delatam esse.

Huc spectat etiam *L.* 21 *ff. de cond. et demonstr.*, ubi J. C. distinguit inter conditiones facti et juris. Conditiones facti vocat quas testator ipse institutioni adjecit, et earum eventum scire debet heres, qui sub conditione scriptus est, ut ejus aditio valeat. Aliud dicendum, ait, de conditionibus juris, seu de illis conditionibus, quas testator non adjecit, sed quae testamento insunt: sic non debet heres, ut aditio valeat, scire an paterfamilias sit, vel non, modo non omnino credat se filiumfamilias esse; scilicet conditiones facti, seu quas ipse testator adjicit, reddunt institutionem conditionalem, adeoque si heres eas impletas esse nesciat, nescit etiam an hereditas sibi delata sit. Ast conditiones juris non reddunt institutionem conditionalem, nec impediunt delationem hereditatis, sed concernunt tantum acquisitionem; itaque, licet heres eas ignoret, scire tamen potest hereditatem delatam esse, et modo tunc possit habere animum acquirendi hereditatem, hoc sufficit ut valeat aditio.

§ XII.

Nunc videndum quomodo fiat aditio. Et quidem, postquam abrogata fuit antiqua cretionis solemnitas (*L* 17 *cod. de jure deliber.*), de qua multa habet Ulpianus in *Fragm. tit.* 22, duobus modis aditur hereditas: alia est ***aditio in specie***, sic dicta, dum nempe quis expressis verbis hereditatem acceptat: alia est ***aditio tacita***, quae ex facto aliquo colligitur, haecque vocatur ***gestio pro herede***.

Ut valeat aditio, ultra ea quae diximus, requiritur adhuc ut heres pure adeat, scilicet aditio hereditatis refertur inter actus legitimos: actus autem illi, neque diem, neque conditionem admittunt (*L.* 77 *ff. de reg. jur.*): sic non valet aditio, si heres adeat sub conditione, si solvendo sit hereditas (*L.* 51 § *ult. ff. h. t.*).

Ulterius debet qui adit adire totam hereditatem, si ipsi tota delata sit, vel totam partem, quae ipsi delata est, aut eam totam repudiare, ita ut partem adire, partem repudiare nequeat.

Praeterea requiritur ut ipse heres adeat, ita ut non valeat aditio, si per alium quam heredem fiat: sic si filiusfamilias vel servus sit heres scriptus, pater vel dominus adire nequit, sed ipse filiusfamilias vel servus adire debet, quamvis hereditatem quam adeunt patri vel domino acquirant, scilicet jure Digestorum; et ita hereditatem per procuratorem adire nequeo, quia actus legitimi per procuratorem expediri non posse statuerant Romani. Nec obstat, quod acceptilatio per procuratorem

possit fieri, quae tamen etiam inter actus legitimos refertur; nam quando dicitur per procuratorem fieri posse acceptilationem, hoc ita tantum verum est, ut prius procurator stipulari debeat a debitore id, quod debitor mandanti debet, per quam stipulationem novatio contingit, ita ut quod antea debitor mandanti debebat, incipiat debere ejus procuratori, quod debitum procurator utpote jam suum acceptoferre potest, et hoc sensu dicitur posse acceptilationem fieri per procuratorem (*L.* 13 § 10 *ff. de acceptil.*).

Quod autem aditio hereditatis fieri non possit per procuratorem, expresse habetur in *L.* 90 *ff. h. t.*; plerique quidem codices habent *per curatorem*, sed parum interest quomodo legatur, nam statim ac decisum est per curatorem non posse adiri, a fortiori adiri nequit per procuratorem, nempe curatoris potestas a lege venit, isque repraesentat eum cujus est curator, quod non ita potest dici de procuratore.

Sed numquid, saltem jure novo, scilicet *L.* 17 *cod. de jure deliberandi.* qua abrogatus est solemnis adeundi modus, adiri potest per procuratorem? R. negative; nam aditio hereditatis sola jam voluntate fieri potest, modo voluntas adeundi exterius manifestetur: jam autem ubi heres mandat alteri ut hereditatem adeat, hoc ipso satis declarat animum suum adeundi hereditatem, itaque statim ac mandat censetur adire hereditatem, et sic non sunt amplius termini habiles ut procurator adeat, cum ipse heres jam adiverit. Id probatur ex *L.* 26 *ff. t.*, ubi supponitur quod ego essem ex parte heres scriptus, et servus meus ex alia parte: dicit J. C. quod, dum jubeo servum meum adire partem, ex qua scriptus est, statim ego etiam heres fiam ex parte, ex qua scriptus sum, cum non possim partem hereditatis repudiare, partem acceptare; si ergo mandando servo meo ut adeat, statim heres fiam ex parte, ex qua scriptus sum, etiam statim heres fio, dum alicui mando ut hereditatem pro me adeat.

Non obstat quod possit bonorum possessio peti per procuratorem, nam ejus impetratio inter actus legitimos non referebatur; praeterea, dum mando alicui ut bonorum possessionem pro me petat, per hoc solum non acquiro bonorum possessionem, nam sola animi declaratione ea non acquiritur, sed impetrari a praetore debet.

§ XIII.

Ex dictis sequebatur quod furiosus heres institutus adire hereditatem non posset, scilicet ipse adeundi animum habere non potest, quamdiu furit, nec curator pro eo adire potest, cum per alium fieri nequeat hereditatis aditio (*L.* 63 *ff. h. t.*). Caeterum circa hereditatem furioso delatam videri debet quid constituit Justinianus in *L. ult.* § 3, 7 et 8 *cod. de curat. fur.*, ubi curatori adire permisit.

Quod attinet pupillum, ille, modo judicium sufficiens habeat ut sciat quid agat, adire potest, modo interveniat tutoris auctoritas: quod si sufficiens judicium non habeat, stricto jure adire non poterat, nequidem cum tutoris auctoritate, sed hic in ejus utilitatem receptum erat ut, modo fieri posset, cum tutore posset adire (*L.* 9 *ff h. t.*, *et L.* 5 *ff. de reg. jur.*). Novum jus quoad hoc punctum introduxit Justinianus in *L.* 18 *cod. de jure delib.*, ubi tutori permittit adire hereditatem infanti, cujus tutor est, delatam.

Pro illis qui in potestate sunt, quoniam adeundo hereditatem acquirunt ei in cujus sunt potestate, requiritur ut jussum ejus praecedat, alias enim non valet aditio, ne alioquin eum ignorantem obligent oneribus hereditatis. Aliud est de bonorum possessione, quam petere possunt sine jussu, modo postea ratihabitio sequatur (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*). Caeterum parum interest quomodo jussum illud interponatur, an verbis, an epistola (*L.* 25 § 4 *ff. h. t.*).

§ XIV.

Alia species aditionis est illa, quae vocatur *gestio pro herede*, eaque colligitur ex facto aliquo, quando nempe heres expresse quidem non dicit se hereditatem adire, sed aliquod factum ponit, ex quo ejus adeundi voluntas colligitur: caeterum ut ex facto aliquo gestionem pro herede colligere possimus, debet esse factum tale, quod manifeste importat adeundi voluntatem, haecque voluntas quae ex illo facto colligitur pro aditione inservit; unde nec sola voluntas, nisi facto vel verbo manifestata aditionem facit, nec etiam solum factum pro aditione est, si animus adeundi desit: sic qualecumque factum heres ponat, etiam tale ex quo ordinarie colligitur gestio pro herede, si tamen probet se non habuisse animum gerendi se pro herede, hereditati non obligabitur.

Imprimis pro herede dicitur gerere ille, qui aliquid facit quasi heres, seu in qualitate heredis, sive dum ponit tale factum, quod citra nomen vel jus heredis ponere non potest (*L.* 20 *ff. h. t.*); unde haec regula tradi potest, toties quia pro herede se gerere censetur, quoties tale factum ponit, quod non valide vel saltem non licito ponere potest, nisi in qualitate heredis, scilicet dum non alias actum valide ponere potest, nisi heres sit, tunc certe censetur hereditatem acceptare; quisquo enim censetur velle, ut actus quem ponit valeat, unde, si alias valere non posset, nisi heres esset, illum actum ponendo censetur velle heres esse; idem est, quando actus ille non potest licite poni, nisi ab herede, nam, cum nemo censeatur velle aliquid illicite facere, talem actum ponendo censetur heres esse velle.

Itaque si heres agat familiae erciscundae judicio cum coherede, vel si conveniat debitores hereditarios, aut servum manumittat etc., pro herede se gerere censetur, omnia enim illa facta talia sunt, ut non possint valide poni, nisi ab eo qui verus heres est.

Nec obstat *L. 1 cod. de jure delib.*, ubi filia manumiserat servum ex hereditate paterna, dicitur quod non ideo sit facta heres, et nulla sit manumissio; nam ibi agitur de filia emancipata, cujus pater ab intestato mortuus erat; liberi autem emancipati non succedebant patri ab intestato, nisi petita bonorum possessione a praetore; unde sola voluntate filia non poterat existere heres sua patri, sed debebat petere bonorum possessionem, quam in casu non petiverat; sic non mirum quod manumissio non valeat.

Quod si heres vendat vel locet res hereditarias, in dubio censetur se gerere pro herede; quamvis enim valeat venditio vel locatio rei alienae, nemo tamen id facere censetur, est enim illicita talis venditio; itaque, cum supponatur scire heres res quas vendit vel locat esse hereditarias, censetur eas vendere tamquam suas factas, adeoque pro herede gerere: aliud itaque foret, si nesciret res quas vendit vel locat esse hereditarias.

Aliud etiam foret, si, cum venderet vel locaret res hereditarias, protestaret se id non facere animo agnoscendi hereditatem, sed in favorem heredis futuri; item, si heres veniam a praetore petat ad vendendas res hereditarias, quae forte tempore periturae essent, tunc enim iterum ostendit se nolle hereditatem acquirere, sed velle se deliberare, alias non indigeret venia praetoris ad distrahendum; sic etiam si heres clanculo res hereditarias auferat, non gerit se pro herede, ex modo enim agendi satis ostendit nolle se heredem fieri, sed se velle expilare hereditatem et illicite facere (*L. 21 ff. h. t.*): aliud foret, si suus heres hoc faceret, nam ille haberetur ac si se immiscuisset hereditati paternae, scilicet per hoc reddidit se indignum beneficio abstentionis, quod praetor suis heredibus ex aequitate largitur (*L. 71 § 3, et seq. ff. h. t.*).

Potest etiam contingere, ut heres nullam rem hereditariam attingat, et tamen gerat se pro herede, scilicet si re, quae revera hereditaria non est, sed quam ipse hereditariam putat, utatur tamquam heres; hocque sensu ait J. C. in *L.* 88 *et* 21 § 1 *ff. h. t.*, quod solus animus aliquando sufficiat ad acquirendam hereditatem; quibus verbis non vult dicere quod solus animus aliquando sine ullo facto sufficiat, sed quod sufficiet sine ullo facto in re hereditaria posito, ita tamen ut aliquod factum semper ponatur.

Alia regula circa gestionem pro herede haec tradi potest: quoties heres tale factum ponit, quod ponere potest vel jure heredis, vel alio jure, in dubio censetur alio jure, seu in alia qualitate posuisse, adeoque non censetur se pro herede gessisse; scilicet, tunc ex facto quod posuit non sequitur voluntas ejus acceptandi hereditatem, quae tamen voluntas ex facto sequi debet, ut dicatur pro herede se gessisse (*L. 20 ff. h. t.*). Itaque si heres defunctum sepeliat, vel funus ei fieri curet, non censebitur se gerere pro herede, nam magis ex pietate hoc fecisse praesumitur, quam animo acceptendi hereditatem; consultius tamen est ut heres hoc casu et in omni alio, quo factum dubium ponit, protestet se non facere hoc animo gerendi se pro herede, ut sic nullum dubium relinquat (*L. 20 § 1 ff. h. t.*); idem est, si animalia hereditaria nutriat, nam id custodiae causa facere censetur, ne interim dum deliberat pereant (*d. L. 20 § 2*).

§ XV.

Quid si servo alicui libertas esset legata sub conditione *si heredi det decem*, heres autem in testamento scriptus illa decem acceptet a servo, an pro herede se gerit? Videndum an heredi ut heredi testator ea dari voluerit, ut dum dicit *si heredi decem det*, tunc heres ille decem acceptando pro herede se gerit. Si vero testator non ut heredi dari voluerit, sed v. g. dixerit *si Titio decem det*, eumdemque Titium heredem instituerit, tunc subdistinguendum: an ille Titius coheredem habeat, quo casu, illa decem acceptando non gerit se pro herede, nam tunc non accipit illa decem in qualitate heredis, sed tamquam alius quilibet, qui in conditione positus esset: si vero solus heres scriptus sit, vel coheres ejus repudiaverit, tunc illa decem acceptando gerit se pro herede: ratio est quod illa decem acceptando velit valere legatum, quod sub ille conditione relictum erat, non potest autem valere, nisi ipse heres existat, cum supponatur solus heres scriptus, et sic, nisi existeret heres, testamentum destitueret; itaque acceptando id legatum vult esse heres (*L. 20 § 4 ff. h. t.*), ubi ponitur casus in filio herede instituto, qui acceperat id quod in conditione positum erat *si filio decem det*, sub qua servo libertas erat relicta, et monet J. C. idem esse dicendum in extraneo.

§ XVI.

Quid si heres sub conditione scriptus sit v. g. *si Titio decem det*, an implendo illam conditionem, gerit se pro herede? ℟. negative; censetur enim eam implere, non ut hereditatem acquirat, sed ut ea impleta acquirere eam possit quando volet: quod si postea ille repudiet hereditatem, decem, quae Titio dedit implendae conditionis causa, potest repetere condictione sine causa (*L. 1 § 1 de cond causa data etc.*); nam ea dedit ut adire posset, ubi autem non adit, illa decem sunt sine

causa apud Titium. Aliud est, quando suus heres conditionem, sub qua scriptus est, implet; hoc enim ipso immiscet se hereditati paternae, nec amplius ebstinere se potest (*L.* 86 § 1 *ff. de hered. inst.*). Ratio est quod antequam conditio impleretur, esset heres voluntarius patri, ubi autem eam implevit, factus est heres necessarius; per hoc enim effecit ut hereditas sibi deferatur, et sic, cum sit suus heres, reddit se necessarium; jam eutem praetor dat quidem beneficium abstinendi suis coheredibus, sed hoc ideo, quia durum putebat ipsos invitos reddi necessarios heredes, haecque ratio cessat, ubi ipsi se reddunt necessarios, et sic hoc casu denegat beneficium abstinendi.

§ XVII.

Quid si Titius sit heres scriptus, eique Maevius sit substitutus, Titius autem accipiat pecuniam a Maevio ut hereditatem repudiet, an Titius gerit se pro herede? Videri poteret Titium mediante hac pecunia hereditatem quodammodo vendentem se gerere pro berede; sed recte J. C. in *L.* 24 *ff. h. t.* decidit non videri eum pro berede gessisse, nam non hoc actum est, ut pecuniam acciperet pro ista hereditate, sed pro repudiatione, sicque, cum repudiet, non potest videri pro herede se gerere: addit tamen J. C. quod in edictum praetoris incidat, loquitur nempe de edicto, quod refertur sub tit. *si quis omissa causa test.*, ubi statutum est ut si quis repudiet hereditatem ex testamento animo eam adeundi ab intestato, ut sic legata evitet, possit conveniri ac si adivisset, quod edictum ad hunc casum fuit extensum; itaque, tenebitur legata solvere, quae forte ab ipso, non autem a substituto relicta erant.

§ XVIII.

Sicut aditio hereditatis duobus modis fit, verbo nempe et facto, ita et repudiatio; quamvis autem facta ex quibus repudiatio colligitur non sint tam frequentia, alique tamen esse possunt: sic vidimus ex *L.* 17 § 1 *ff. h. t.* ex facto repudiationis hereditatis ab intestato colligi voluntatem repudiandi ex testamento

Huc spectat *L.* 97 *ff. h. t.*, ubi Clodius Clodianus instituerat aliquem heredem, postea aliud testamentum fecerat, in quo eumdem heredem scripserat, sed secundum testamentum erat nullum ob defectum alicujus solemnitatis: heres putans id valere, adiverat hereditatem: aditio nulla erat, quia ex secundo testamento hereditas ei delata non erat, dicebatur heres per hanc aditionem repudiasse hereditatem ex primo testamento eo praetextu, quod non nisi ex uno testamento adiri posset hereditas, et ita volens esse ex secundo noluerit esse heres ex primo, adeoque quod repudiaverit ex primo: ejus sententiae erat Papinianus et ita fuerat judicatum. Paulus sententiam hanc propugnans ait non censeri heredem ex primo testamento repudiasse, et recte; nemo enim potest repudiare, et multo minus censeri repudiasse, nisi sciat hereditatem sibi delatam esse; nesciebat autem heres hereditatem ex primo testamento delatam sibi esse, utpote cum illud ruptum putaret, sic non potest ex primo testamento repudiasse videri. Itaque, quamvis illa lege contrarium referatur judicatum, praeferenda tamen est sententia Pauli, tanto magis quod dicta lex referatur sub nomine Pauli, adeoque sententia Pauli in illa lege approbata est a Justiniano: cui accedit quod in *L.* 19 *ff. de inoff. test.* adhuc referatur decisio Pauli in casu fere simili.

§ XIX.

Aditione hereditatis heres hereditatem acquirit sibi, si sui juris sit tempore quo adit, secus vero patri, vel domino; quod jure novo in filiisfamilias est correctum, postquam Justinianus statuit ne bona adventitia filiorumfamilias patri acquirerentur, praeterquam quod usumfructum in eis haberet.

Adeundo autem heres acquirit totum, quod sibi delatum est, et quidem invitus, ita ut non possit partem acceptare, partem repudiare; et inde est quod, quando ex pluribus partibus aliquis institutus est v. g. *Titius ex semisse*, *Titius ex quadrante*, non posset semissem Titius acceptare, et quadrantem repudiare, licet in quadrante substitutum haberet (*L.* 2, *L.* 80 § 1 *ff. h. t.*); imo, licet heres sciat partem tantum sibi delatam esse, si adhuc alia ei delata sit, etiam hanc acquiret adeundo eam, quam deletam sibi esse scit. Unde, si quis eum posthumo heres scriptus sit, mater autem ventre vacua sit, heres autem putet eam gravidem (*L.* 31 *ff. h. t.*), vel si ignoret conditionem, sub qua ex altera parte scriptus est extitisse, quae revera extitit, hanc etiem partem acquiret (*L.* 21 § *ult. ff. h. t*): quod si eo tempore quo adit, pars tantum ei delata sit, adeundo acquiret tantum illam partem, aliam autem ipso jure quando ei deferetur, nec amplius nova aditio requiretur: quod si Titius sclus ex parte, ex altera sub conditione scriptus esset, et adeat pendente conditione, statim fiet heres ex asse, etenim pars ex qua sub conditione scriptus est omnino ad ipsum spectare debet, quia quidcumque contingat, solidem consequctur hereditatem (*L.* 52, 53 *ff. h. t.*, *L.* 33 *de her. inst.*). Quod si coheredem habeat, v.g. Titius ex triente pure scriptus, ex altero triente sub conditione, et Maevius etiam ex triente pure, si Titius pendente conditione adeat, statim fiet heres ex semisse, nam omni casu ad minus semissed eum spectare debet; si enim deficiat conditio ex qua scriptus est, tam ei quam coheredi

accrescet, adeoque uterque esset heres ex semisse; si vero existat conditio, ad Titium spectabit totus bes; cum ergo ad Titium omni casu semis pervenire debeat, adeundo eum statim acquiret (*L.* 59 § 6 *de hered. inst.*).

Licet heres non possit partem hereditatis sibi delatae acceptare, partem repudiare, verius tamen videtur quod filius a patre heres scriptus possit repudiare hereditatem, et acceptare legitimam suam, etenim legitima non est pars hereditatis, sed pars bonorum, et sic non potest dici quod filius in casu partem hereditatis paternae adeat, partem repudiet: sic decisum est, quod si uni heredum praelegatum sit relictum, isque repudiet hereditatem, consequatur nihilominus integrum praelegatum sibi relictum, ubi tamen hoc praelegatum pro parte continebatur in ejus portione hereditaria, quam repudiavit (*L.* 17 § *ult.*, *et L.* 18 *de leg* 1).

Effectus acquisitae hereditatis est, quod heres statim acquirat dominium omnium rerum hereditariarum pro ea parte, pro qua est heres, ita ut videatur fuisse heres a momento mortis defuncti (*L.*45 *ff. h. t.*), unde et ea quae jacenti hereditati sunt etiam acquisita, statim ad heredem incipiunt spectare; non tamen ipso jure possessionem rerum hereditariarum adeundo acquirit, sed eam debet apprehendere, scilicet possessio non solo animo, sed corpore etiam acquiritur (*L.* 23 *ff. de acq. vel amitt. possess.*). Contrarium est moribus nostris, quibus heres non tantum in dominium, sed in possessionem etiam rerum defuncti statim subintrat, juxta axioma juris gallici *le mort saisit le vif* apud nos receptum.

Nec tantum in dominium defuncti succedit heres, sed in omnia ejus jura et obligationes, ita ut omnes obligationes defuncti ipso jure transeant in heredes, et inter ipsos dividantur pro portionibus hereditariis, ita statuente *L.* 12 *tabb.*; quod tamen intellige de obligationibus, quae dividi possunt, nam obligationes individuae transeunt in solidum ad quemcumque heredem, ut si v. g. defunctus sit debitor servitutis, aut alterius rei individuae, quisque heres ad solidam servitutem praestandam poterit conveniri.

Ulterius heres adeundo hereditatem quasi contrahit cum legatariis et fideicommissariis, scilicet obligat se ad legata et fideicommissa praestanda, ex quo quasi contractu contra eum datur actio personalis ex testamento.

§ XX.

Quoniam autem heres adeundo hereditatem magnum damnum sibi conciliare posset, si forte hereditas solvendo non esset, quibusdam remediis ei consultum est. Imprimis habet jus deliberandi, pro quo notandum, quod quamdiu nemo ipsum urget ad declarandam voluntatem suam, nullum tempus ipsi praestitutum sit, intra quod adire vel repudiare debeat, sed potest deliberare quamdiu vult, nec excluditur ab adeundo, nisi possessione alterius triginta annorum: caeterum, ubi aliquis ipsum urget, recurrere potest ad jus deliberandi, idque in eo consistit quod possit petere tempus, intra quod deliberare possit, idque tempus relinquebatur olim arbitrio praetoris, ita tamen ut ad minus centum dies daret (*L.* 1 § 2, *et L.* 2 *ff. de jure delib.*); imo aliquando ex magna causa, tempore quo praefixa erat aditio elapso, praetor novum dabat tempus (*L.* 3 *et* 4 *eod.*). Verum Justinianus statuit ut, si ab imperatore petatur, daretur ad summum annus: si a judice, non nisi novem menses, ita tamen ut brevius tempus concedi possit, modo ultra centum dies detur, nam quoad hoc punctum jus vetus non correxit (*L. ult.* § 13 *eod. de jure delib.*). Ubi autem heredi tempus ad deliberandum concessum est, intra illud tempus debet declarare voluntatem suam, an adire, an repudiare velit: quod si hoc tempus praeterlabi patiatur, non declarata sua voluntate, silentium ejus interpretatur in favorem eorum, ad quorum instantiam tempus petitum fuit, ita ut si creditores defuncti, vel legatarii eum urserint, habeatur pro adeunte (*d. L. ult.* § 14); si substitutus, vel heredes ab intestato, habeatur pro repudiante (*L.* 69 *ff. h. t.*).

Hoc beneficio juris deliberandi non plene consultum erat heredibus; fieri enim poterat quod, licet exacte inquisiverint in vires hereditatis, adhuc tamen deciperentur, forte quod postea emergeret aes alienum etc. Unde Justinianus novum beneficium, scilicet *inventarii*, introduxit, quo mediante nullum damnum metuere debet heres, ita ut hoc beneficium multo plenius sit jure deliberandi, ut adeo jus deliberandi hodie ferme sit inutile; imo Justinianus statuit ut, si quis ad jus deliberandi in posterum confugiat, non prohibeatur quidem postea inventarium facere, sed, licet inventarium fecerit, non gaudeat amplius beneficio confecti inventarii, sed tantum evitet poenam non confecti inventarii, seu retineat quartam Falcidiam (*d. L. ult.* § 14).

Per *inventarium* hic intelligitur legitima descriptio omnium rerum, quae in hereditate reperiuntur: qua autem forma fieri debeat, videri potest in *d. L. ult.* et apud auctores: tantum notabimus inventarium incipi debere intra triginta dies a tempore, quo heres hereditatem sibi delatam esse scit, et confici intra alios sexaginta dies, nisi in loco dissito res forent sitae, quo casu annus datur (*d. L. ult.* § 2 *et* 3), intra quod tempus heres a nemine potest conveniri, vel molestari.

Beneficia confecti legitime inventarii sunt haec: quod heres non teneatur creditoribus hereditariis ultra vires hereditarias: quod possit ante omnia deducere, quae impendit in confectionem inventarii: quod si defunctus ipsi aliquid debeat, hoc de-

Digitized by Google

bitum non confundatur per aditionem, sed retineat heres debitum salvum, ita tamen ut si hereditas non sit solvendo, non totum deducat, sed concurrat cum aliis creditoribus: heres, qui inventarium fecit, non debet servare ordinem inter creditores, sed primo venienti solvere potest; caeterum illi poterunt condictione ex lege agere contra creditores quibus solv.t, si forte illi plus receperint quam pro rata debiti, et bonorum defuncti percipere debebant, imo, licet dentur creditores privilegiati, ordinem inter creditores servare non tenetur heres; quo casu tamen poterunt illi adversus creditores non privilegiatos agere, ut recepta restituant, et si sint creditores hypothecarii, agere poterunt contra possessores hypothecarum (*d. L. ult.* § 4 *et seqq.*).

Inter beneficia inventarii aliqui referunt, quod heres possit quartam Falcidiam ex legatis et fideicommissis deducere, sed infaustis avibus, nam ante introductum inventarii beneficium, heres qui ultra tres quartas gravatus erat, quartae deductionem habebat: caeterum Justinianus statuit ut, qui inventarium non fecisset, amitteret quartam Falcidiam; sicque amissio quartae est poena non confecti inventarii, non vero beneficium confecti.

§ XXI.

Quaeritur an, sicuti heres qui inventarium non fecit amittit quartam Falcidiam, si legatis gravatus sit ultra tres quartas bonorum, ita etiam amittat quartam Trebellianicam, si fideicommisso universali ultra tres quartas gravatus sit? Et verius apparet quod non amittat; scilicet imperator loquitur tantum de Falcidia, non vero de Trebellianica, et quod privet heredem Falcidia, id in poenam non confecti inventarii constituit, poenae autem non sunt extendendae. Est quidam verum quod nomina Falcidiae saepe in jure veniat quarta Trebellianica, sed non minus verum est quod nomina Falcidiae proprie tantum veniat illa quarta, quae ex legatis deducitur; aliam quartam, quae deducitur ex fideicommissis universalibus, Justinianus vocare solet quartam ex S. C Trebelliano, postquam confodit S. C Pegasianum cum Trebelliano; et ita, cum imperator tantum loquatur de amissione quartae Falcidiae, tantum intelligendus est de quarta, quae ex legatis detrabitur.

Nec obstat quod imperator dicat cum amittere quartam, quae ex legatis et fideicommissis deducitur (*Nov.* 1 *cap.* 2 § 2); nam per fideicommissa ibi intelliguntur fideicommissa particularia, quae cum legatis sunt exaequata.

Praeterea ne extendamus poenam amissionis Falcidiae ad amissionem Trebellianicae, postulat diversitas rationum, quae imperatorem impulerunt: scilicet ideo imperator constituit heredem amissurum Falcidiam, quia, inquit, heres qui inventarium non fecit, per subtractionem rerum hereditariarum potuit efficere ut haberetur locus detractioni Falcidiae, cui tamen a parte rei locus non est; scilicet ex ipso testamento non apparet an quarta laesa sit, vel non, sed ex aestimatione et ex catalogo rerum defuncti, ex quibus heres aliquid detrahendo simularet locum dari Falcidiae. Verum aliud est in herede gravato fideicommisso universali, semper enim ex ipso testamento apparet an ultra tres quartas gravatus sit, vel non: v. g. heres ex asse scriptus rogatus est dodrantem restituere, apparet statim non esse locum deductioni Trebellianicae, et quidcumque heres subtrahat, nunquam efficiat ut huic deductioni locus sit.

Obj. quod heres, qui inventarium non fecit, teneatur in solidum creditoribus hereditariis, licet solvendo non sit hereditas, et ita damno afficitur; ergo a fortiori privari debet quarta Trebellianica, nam heres deducendo quartam lucrum facit, minus autem est privari lucro, quam damno affici.

℟. Ille qui inventarium non fecit tenetur quidem creditoribus ultra vires hereditarias, sed ibi non est poena neglecti inventarii, nam omnis heres de jure communi ad debita hereditaria ultra vires hereditarias tenetur; quod autem illi qui inventarium fecerunt non teneantur, est beneficium confecti inventarii; sed si amitteret heres Trebellianicam, foret in poenam non confecti inventarii, poena autem illa nullibi statuta legitur, cum Justinianus tantum de amissione Falcidiae loquatur.

§ XXII.

Quaeritur etiam an filius, qui inventarium non fecit, amittat suam legitimam, seu an possit deducere legitimam, si ultra vires legitimae gravatus sit? Imprimis certum est quod nihil possit deducere a creditoribus hereditariis; etenim quando sunt plura debita quam bona, tunc non est quaestio de legitima, nam legitima est portio bonorum, bona autem non intelliguntur, nisi deducto aere alieno; itaque quaestio tantum est, quando solutis omnibus debitis hereditariis aliquid superest, an filius qui gravatus est legatis vel fideicommissis possit ex iis legitimam deducere, si non confecerit inventarium? Et dicendum eum posse: ratio est quod imperator eum qui non fecit inventarium tantum deductione Falcidiae privet, non debet ergo haec poena extendi ad legitimam; est quidem verum, quod quandoque in jure legitima veniat nomine Falcidiae, sed tamen si proprie loqui velimus, aliud est Falcidia, aliud legitima, praecipue jura novo, ubi legitima non est amplius quarta, prout est Falcidia, sed triens, vel semis; in poenalibus autem verba proprie sumenda sunt, ne fiat earum extensio, praesertim in casu ubi legitima jure quodammodo naturae liberis debetur, quod diei nequit de Falcidia. Praeterea Justinianus privans heredem quarta Falcidia, noluit privare liberos legitima, ut

patet ex *Nov.* 1 *cap.* 2 § 2 ubi, postquam statuerat poenam amissionis Falcidiae, subjecit, detractioni Falcidiae locum non esse, si testator eam prohibuerit; quod certe intelligi nequit nisi de proprie dicta Falcidia, nam certum est non posse filium privari legitima, nisi ob causas exheredationis; cum ergo uno contextu loquatur de Falcidia quae amittitur ob non confectum inventarium, et de amissione ejus, si testator eam prohibeat, clarum est quod loquatur de Falcidia proprie dicta.

Obj. quod filius possit etiam subtrahere res hereditarias, quibus subtractis, dicere se non habere legitimam salvam, eodem modo ut de herede superius diximus. ℟. Sed disparitas est quod filio omni casu debeatur legitima, et ita per subtractionem non potest efficere, ut sit locus deductioni legitimae, cui ante locus erat; sed huic non est locus, nisi ultra tres quartas gravatus sit heres, et ita potest hic efficere ut per subtractionem suam videatur ei locus dari, ubi ante locus non erat. Praeterea in extraneo, qui inventarium non fecit, facilius militat praesumptio quod aliquas res subtraxerit quam in filio, nempe filius potest habere justas rationes cur inventarium non faciat, forte quod non velit secreta familiae ostendere, quae per inventarium paterent.

Obj. quod Justinianus statuerit ut, qui inventarium non fecisset, amitteret jus crediti, seu non posset deducere quod testator ei debebat; ergo et filius legitimam amittere debet, utpote a patre debitam. ℟. Magna est disparitas inter legitimam a patre debitam et alia debita, scilicet ante inventum inventarium heres succedens debitori amittebat jus crediti, quoniam debitum per confusionem extinguebatur, et tamen filius succedens patri non amittebat legitimam; itaque Justinianus statuens ut, qui inventarium fecisset, retineret jus crediti salvum, tribuit ei beneficium, quod beneficium non est poena pro illis, qui negligunt facere inventarium, et adeo amittunt creditum, nam jure communi illud amittebant propter confusionem; si autem filius ob non confectum inventarium amitteret legitimam, foret poena, nam de jure communi succedendo non amittit legitimam; debuisset ergo poena illa a Justiniano fuisse statuta, quam statuisse nullibi legitur.

Obj. quod Justinianus jubens conficere inventarium loquatur tam de suis, quam de extraneis heredibus sine distinctione; ergo, ajunt, statuens poenam pro illis, qui inventarium non fecerunt, videtur eam statuisse etiam pro liberis ℟. Justinianus vult fieri inventarium tam a liberis, quam ab extraneis, si nempe velint gaudere commodis confecti inventarii; sed quoad poenam non confecti inventarii, non legitur Justinianum eam extendisse ad amissionem legitimae; fatemur quidem quod liberi negligentes facere inventarium amittant Falcidiam, sicuti extranei.

Sed dicet quis quod, cum legitima major sit Falcidia, concedendo filio illius deductionem, una manu demus quod altera denegamus, et sane filius qui legitimam deducere posset, non eligeret Falcidiam, utpote minorem? ℟. Legitima regulariter major est Falcidia, sed possunt dari casus, ubi Falcidia major est: ponamus quod sint duo liberi, quod unus scribatur heres ex duabus unciis, alter ex decem, sintque 12000 in bonis: si in illo casu decem unciae exhaustae sint legatis, et filius ille detraheret Falcidiam, haberet 2500, si legitimam, haberet tantum 2000, seu trientem ex 6000 quae habuisset ab intestato; itaque si filius ille in casu inventarium non fecerit, non poterit quidem deducere 2500 pro Falcidia, sed tantum 2000 pro legitima; sicque aliquando contingit Falcidiam majorem esse legitima.

§ XXII.

Alia quaestio est, an heres qui inventarium non fecit, sicuti in solidum tenetur creditoribus hereditariis, ita etiam teneatur in solidum legatariis et fideicommissariis, licet ultra vires bonorum legatum sit: v. g. deducto aere alieno, supersunt 4000, et legata sunt 5000, an integra 5000 solvere tenebitur heres, an vero tantum 4000, nam quod ad minus 4000 solvere debet, cum non possit Falcidiam detrahere? Verius est quod tantum 4000 solvere debeat, scilicet certum est non valere legata, quae ultra vires bonorum sunt relicta; itaque 1000 hic sunt inutiliter legata. Nec videtur imperator hanc poenam neglecti inventarii statuisse, statuit quidem heredem inventarium omittentem integra solvere debere; sed hoc ita intelligi potest et intelligendum nobis videtur, quod non possit Falcidiam detrahere, non vero ita quod ultra vires bonorum legata solvere debeat, leges enim poenales sunt strictae interpretationis.

Allegant adversarii verba imperatoris prolata de eo, qui inventarium non fecit, ait, *non retinebit Falcidiam; sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio*; quibus volunt imperatorem decidisse heredem solvere debere integra legata, licet excedant modum purae substantiae, seu, licet excedant id quod superest deducto aere alieno: tota itaque quaestio vertitur in eo, quid imperator intellexerit *puram substantiam*. Nos credimus ea sic exaudiri debere, *licet excedant dodrantem bonorum*, nempe, quoniam per Falcidiam quarta apud heredem debet manere salva, id quod deducta illa quarta superest, vocari potest pura substantia, seu substantia usque ad quam per legem Falcidiam legari licet; fatemur quidem quod verba illa in sensu adversariorum accipi possint, sed possunt etiam sumi in nostro sensu, et insuper favet nobis regula, poenas restringendas esse.

Digitized by Google

Obj. Justinianus jam inde dixerat heredem inventarium negligentem non retinere Falcidiam; ergo, ajunt, si in verbis citatis decideret eum solvere debere legata ultra dodrantem relicta, his idem decideret. ℟. Posterioribus verbis imperator non introducit novam poenam, sed anteriora explicat, seu latius dicit id quod dixerat, *non retinebit Falcidiam*, quasi diceret, solvet integra legata, licet ultra dodrantem legatum sit; familiare enim est Justiniano dicta repetere, et pluribus verbis decidere quod prius duobus decideral.

Obj. Postquam Justinianus dixerat *purae substantiae etc.* ait, quod imputare sibi debeat heres quod inventarium non fecerit, quod faciendo non poterat *damnificari*; ex quo inferunt imperatorem insinuare quod, si inventarium non fecerit, non tantum heres privetur, sed etiam damnificetur, sicque non tantum quartam prohibet detrahere, sed etiam ultra vires bonorum solvere cogit legata ℟. Ea quidem verba insinuant heredem qui inventarium non fecit damnificari, sed non sequitur quod damnificetur quoad legata, nempe damnificabitur in eo, quod creditoribus hereditariis ultra vires hereditarias solvere cogatur; idque imperatorem velle patet ex eo, quod paulo ante verba citata dixerat, eum qui inventarium fecit nihil de proprio damnificari creditoribus.

Sed dicet quis, heredem, qui inventarium non fecit, semper posse dicere se esse gravatum ultra vires bonorum; ast idem incommodum erat jure veteri ante inventum inventarii beneficium, et tamen certum est quod si tunc legatum esset ultra vires hereditarias, heres non cogeretur tota legata solvere, nempe aliunde quam per inventarium probari potest esse legatum ultra vires bonorum, et heres qui hoc allegaret, posset cogi ad res defuncti ostendendas: quod si legatarius contendat ampliores esse defuncti facultates, quam quas heres exhibet, illud probare cogetur.

§ XXIII.

Quaeritur an heres, qui mala fide aliquas res omisit in inventario, incurrat poenas neglecti inventarii, ac si nullum prorsus fecisset, vel omisisset formam inventario praescriptam? ℟. negative; Justinianus enim non statuit esse de essentia inventarii, ut omnes res in eo enumerari deberent, nec statuit ut tale inventarium haberetur ac si factum non esset; imo statuit poenam specialem pro herede, qui aliquas res scienter in inventario omisit, quod nempe in duplum earum rerum teneatur (*L. ult.* § 10 *cod. de jure delib.*); non est ergo possibile quod imperator ulterius voluerit eum afficere poena neglecti inventarii, et ita dicere non possumus quod hoc poena teneatur, cum poenae sint strictae interpretationis.

Obj. quod ideo imperator voluerit eum qui inventarium non fecit poena afficere, quia praesumitur quod aliquas res substraxerit; jam autem, ajunt, qui revera substraxit aliquas res majorem poenam meretur, quam qui tantum de eo praesumitur; ex quo inferunt quod a fortiori poena neglecti inventarii teneatur. ℟. Quamvis magis delinquat, inde nihil sequitur, nam, ut diximus, alia poena tenetur; ubi autem lex generalem poenam statuit, et pro uno casu poenam specialem ad hunc casum generalem poenam extendere non possumus (*L.* 41 *ff. de poenis.*): dein argumentum a fortiori in poenalibus non semper militat; sic ejus qui filium, qui exheredationem non meretur, exheredat, testamentum valet, et quamvis per querelam rescindi possit, legata tamen salvo manent; testamentum autem ejus, qui filium exheredatione dignum praeteriit, est prorsus nullum, et tamen posterior non laesit pietatem erga parentes, sicuti prior.

§ XXIV.

Tandem notandum heredem non tantum posse facere inventarium antequam hereditatem adeat, sed et etiam postquam adivit, ut patet ex *d. L. ult.* § 2, ubi imperator ait, inventarium fieri debere intra triginta dies post apertas testamenti tabulas, nec facit mentionem quod ante aditionem fieri debeat, imo supponit jam inde aditam esse hereditatem, ait enim *adeat hereditatem, omni tamen modo inventarium ab eo conficiatur*. Hodie ex constitutione Caroli Quinti, ut quis uti possit beneficio inventarii, requiruntur litterae principis, iisque demum impetratis, nec ante, adiri potest hereditas, si nemo ex substitutis, vel heredibus legitimis defuncti hereditatem sine inventario adire velit, ita ut si aliquis eorum pure et simpliciter adire velit, heres non admittatur volens sub inventarii beneficio adire.

§ XXV.

Hereditas non adita ad heredes non transmittitur, ita ut si heres moriatur antequam adiverit, nullum jus ad heredes suos transmittat: scilicet antequam heres adeat, nullum jus ipsi quaesitum est, et ita nihil ad heredes transmittere potest; erat quidem ipsi delata hereditas, ut supponitur, sed delatio nullum jus heredi tribuit, sed tantum praestat facultatem juris acquirendi, seu adeundi. Aliud est in legato, nam, modo legatarius moriatur postquam dies legati cessit, transmittit legatum ad heredes suos, scilicet, placuit statuere, ut potius legatum transmitteretur ad heredes quam hereditas; pendet enim ad herede, cui delata est hereditas, quandonam hereditatem adire velit, et ita sibi imputet quod non adeat ante mortem suam; sed a legatario non dependet petere legatum quando vult, debet enim prius adita esse hereditas, adeoque,

nisi legatum ad heredes legatarii transmitteretur, dependeret ab herede frustrari legatarium suo legato, tardius adeundo: dein legatum ex natura sua lucrosum est, nec facile repudiatur, et ita praesumitur quod legatarius, licet in vita sua non agnoverit legatum, fuisset tamen accepturus, si mortuus non fuisset; dubium autem est an heres, qui mortuus est antequam adiret, adivisset, si vixisset.

§ XXVI.

Regula *hereditatem non aditam non transmitti* tres famosas exceptiones patitur; etenim hereditas trasmittitur 1.° ex jure suitatis, 2.° ex lege Theodosiana, seu ex potentia sanguinis, et 3.° ex jure deliberandi.

Ex jure suitatis hereditatem transmittunt sui heredes, qui post delatam sibi hereditatem mortui sunt, et se hereditate non abstinuerunt: hi nempe, licet se non immiscuerint, hereditatem transmittunt ad quosvis heredes, sive suos, sive extraneos: cujus ratio est, quod sui heredes ipso jure, etiam ignorantes, hereditatem acquirant, statim ac ipsis delata est; itaque si moriantur, hereditatem illam sibi quaesitam transmittunt ad heredes prout transmittunt alia bona. Caeterum heredibus ipsorum liberum est se abstinere ab hereditate defuncto delata, et ad eos transmissa (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*), quae quidem lex loquitur de casu, ubi suo heredi sui heredes existunt, sed tamen idem est in casu quo extranei heredes existunt; ratio enim quam J. C. allegat est, quod defuncto jus abstinendi competeret, et ita transmittendo eam ad heredes, etiam ad eos transmisit jus se abstinendi.

§ XXVII.

Secunda transmissionis species est ex potentia sanguinis a Theodosio introducta in *L. unic. cod. de his qui ante apert. tab.*; pro quo notandum, quod per legem Papiam Poppeam statutum esset, ut qui ex parte heres scriptus esset, hereditatem adire non posset, nisi apertis tabulis, quod si ante moreretur, portio ejus fiebat caduca et fisco cedebat: illa lex non spectabat ad liberos testatoris usque ad tertium gradum, hi enim etiam ante apertas tabulas adire poterant, modo scirent se esse heredes scriptos. Haec autem lex abrogata fuit per *L. unic. cod. de cad. toll.*; itaque, quamvis descendentes usque ad tertium gradum ante apertas tabulas adire possent, contingebat tamen saepe ut ignorarent an essent heredes scripti, vel non; quo casu adire non poterant, et ita saepe contingebat ut morientes ante apertas tabulas hereditatem non transmitterent; quod cum durum Theodosio videretur, statuit ut, si quis a patre, matre, avo, avia, proavo, proavia esset heres scriptus, isque moraretur ante apertas tabulas priusquam adivisset, transmitteret jus adeundi ad liberos suos; scilicet illa lex tantum spectat ad eos, qui testatori non erant sui heredes, nam sui heredes transmittebant hereditatem ex jure suitatis, et ita illi nova lege non indigebant. Per hanc igitur transmissionem non transmittitur ipsa hereditas, sicuti ex transmissione ex jure suitatis, sed tantum jus adeundi; cum enim liberi, de quibus agitur, non essent testatori sui heredes, nec etiam hereditatem adivissent, ipsam hereditatem utpote nondum acquisitam transmittere non poterant: rubrica quidem tituli est *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt*, sed vox *hereditas* ibi improprie sumitur pro jure adeundi hereditatem.

Quamvis Theodosius ad hanc transmissionem inducendam praecipue motus fuerit pro illis, qui ante apertas tabulas moriuntur ignorantes se esse institutos, et quibus consequenter imputari non poterat quod non adivissent, legem tamen generalem condidit, ita ut, modo moriantur ante tabulas, sive sciant, sive ignorent, transmittant; et sane, si non ita concepisset legem suam Theodosius, saepe nascerentur lites difficiles super eo, an qui mortuus est sciverit, an nesciverit se heredem scriptum.

Ulterius notandum quod transmissio illa a liberis non fiat ad quoscumque heredes, sed tantum ad liberos, nam nominatim Theodosius de transmissione a liberis ad liberos legitur, imo tantum fit ad liberos qui heredes transmittentis sunt, ita ut non transmittatur ad exheredatos, etenim jus illud adeundi transmittitur tamquam aliquid hereditarium; ubi autem filius v. g. qui ante apertas tabulas testamenti paterni mortuus est, et liberos suos exheredavit, in totum eos removit a sua hereditate, adeoque et a jure adeundae hereditatis avitae.

Dubitatum aliquando fuit, an transmissioni ex hac lege locus esset, cum aliquis descendens solus ex asse heres scriptus est, et moritur ante apertas tabulas. Aliqui negaverunt ex hoc fundamento, quod ideo Theodosius hanc transmissionem introduxerit, quia per legem Papiam non poterat adiri hereditas ante apertas tabulas; jam autem, ajunt, haec ratio non militat in eo, qui ex asse scriptus est, cum hic ante apertas tabulas adire posset, quam exceptionem fecerat lex Papia, modo sciret se heredem esse scriptum. Sed falsum est rationem legis Theodosianae in eo positam esse; nam imprimis lex Papia statuens ne ante apertas tabulas adiri posset hereditas, non spectabat ad liberos, ut ipse Justinianus testatur in *L unic. cod. de cad. toll.*: dein, si haec fuisset ratio legis Theodosianae, sequeretur quod ratio transmissionis illius cessaret, et sic quod haec transmissio abrogata esset post *d. L. unic.*, in qua lex Papia abrogatur, et statuitur ut a morte testatoris adiri possit hereditas, sicque Justinianus legem Theodosianam co-

Digitized by Google

dici suo non inseruisset. Dicimus itaque Theodosium ad hanc transmissionem inducendam unice motum fuisse ex eo quod, licet liberi heredes instituti adire possent ante apertas tabulas, utpote ad quos non spectabat lex Papia, regulariter tamen ante apertas tabulas ignorarent an sint heredes scripti, necne, sicque contingebat ut ex eo capite adire non possent; haecque ratio militat tam bene pro casu quo quis ex asse, quam pro casu quo ex parte scriptus est.

Nec obstat quod Theodosius loquatur in plurali *filios*, ex quo, dicunt, sequitur non esse idem quando unus tantum ex asse scriptus est; nam saepe pluralis numerus singularem etiam continet.

Nec facit etiam quod dicat transmitti *hereditariam portionem*; quia nomine portionis hereditariae venit etiam tota hereditas (*L.* 145 *ff. de verb. sign.*).

Quaeritur quoque, an haec transmissio spectet ad heredes ab intestato? Quod negandum credimus; scilicet Theodosius loquitur tantum de herede moriente ante apertas tabulas, ubi autem ab intestato quis moritur, non sunt tabulae aperiendae. Plane, si ponas esse tabulas, easque, dum aperiuntur, reperiri invalidas, admitti posset filium vel alium descendentem interea mortuum transmisisse jus suum adeundi ab intestato, cui verba Theodosii non repugnant.

§ XXVIII.

Tertia transmissionis species est, quae vocatur ex jure deliberandi, hancque introduxit Justinianus in *L.* 19 *cod. de jure delib.*, nempe statuit ut quiscumque heres, sive ex testamento sive ab intestato moriens, antequam adivisset vel repudiasset intra annum numerandum a tempore, quo scivit delatam sibi esse hereditatem, transmitteret ad heredes suos jus adeundi intra tempus quod anno deest; itaque hoc jus deliberandi non est confundendum cum eo, de quo ante egimus, non enim peti debet sicut prius, sed ipso jure heredi competit, ejusque effectus est, ut heres intra annum moriens transmittat jus adeundi ad heredes quoscumque; ubi autem post annum moritur heres non adita hereditate, licet tempus ad deliberandum petierit, idque tempus dum moritur nondum sit elapsum, non transmittit jus adeundi, nam quoad hanc transmissionem tempus restrictum est ad annum a scientia delatae hereditatis numerandum. Quod si heres statim a delata hereditate urgeatur declarare voluntatem suam, tempusque petierit v. g. sex mensium, eo moriente post illos sex menses non declarata voluntate, licet intra annum a delatione mortuus sit, non poterit esse quaestio de transmissione; nam, ut ante vidimus, dum heres intra tempus a judice, vel principe deliberationis causa statutum voluntatem suam non declaravit, habetur vel pro repudiante, vel pro adeunte, prout interest eorum qui ipsum urserunt ad petendum tempus: ubi autem heres ante mortem vel repudiavit, vel adivit, non potest ejus heres amplius adire.

An is qui mortuus est, antequam sciret sibi delatam esse hereditatem, transmittit jus adeundi? ℟. affirmative; et certe si ille, qui sciens hereditatem sibi delatam esse, moriens antequam adeat, transmittat, a fortiori ille qui ignorat transmittet.

Nec obstant verba imperatoris in *d. L.* 19, *et siquidem is qui sciens hereditatem sibi delatam esse intra annale tempus;* ex quibus aliqui inferunt imperatorem tantum dare jus transmittendi iis, qui sciebant hereditatem sibi delatam esse; nam ex illis verbis hoc minime sequitur, cum tantum velit imperator quod annus ille ad transmittendum tantum incipiat currere a tempore, quo heres scivit delatam sibi esse hereditatem, ita ut si moriatur postquam hoc scivit, transmittat reliquum tempus quod anno deest; ex quo sequitur quod si moriatur antequam sciret, transmittat totum annum, nam tunc annus transmissionis nondum cucurrisset in vita defuncti.

Quaeritur an post introductam transmissionem ex jure deliberandi, aliqua adhuc utilitas remaneat transmissionis ex lege Theodosiana? Ratio dubitandi est, quod lex Theodosiana tantum lata sit pro casu, ubi heres moritur ante apertas tabulas; tabulae autem regulariter intra annum a delata hereditate aperiuntur, et ita semper est locus transmissioni ex jure deliberandi. Sed dicendum legem Theodosianam hanc adhuc habere utilitatem, quod non praefigat tempus, intra quod hereditas adiri debeat, ita ut heredes possint deliberare quamdiu volunt, si modo a nemine urgeantur; ubi illi, ad quos transmittitur jus adeundi ex jure deliberandi, adire debent intra tempus quod anno deest.

§ XXIX.

Ex dictis patent differentiae inter has transmissiones: scilicet transmissio ex jure suitatis differt a duabus reliquis, quod in ea transmittatur ipsa hereditas, in aliis vero tantum jus adeundi: differt adhuc a transmissione ex potentia sanguinis, quod fiat ad quoscumque heredes, ubi haec ad liberos tantum: differt autem a transmissione ex jure deliberandi, quod habeat locum quandocumque suus heres moritur, haec vero tantum habeat locum, si heres intra annum moriatur.

Differt transmissio ex potentia sanguinis a transmissione ex jure deliberandi, quod prior tantum habeat locum, dum liberi sunt instituti, posterior ad quoscumque heredes: prior habet locum dum liberi ante apertas tabulas moriuntur, posterior dum heres intra annum moritur: in priore liberis, ad quos transmissum est jus adeundi, nullum tempus praefixum est, intra quod adire debeant, secus in posteriore.

Moribus ita jus est, ut hereditas, modo delata sit, transmittatur ad heredes, ita ut heres moriens post delatam sibi hereditatem, modo ab ea se non abstinuerit, ad heredes eam transmittat, qui ab ea abstinere se possunt (Stockmans *dec.* 131).

TITULUS III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSCRIBANTUR ET DESCRIBANTUR.

Juncto TITULO XXXII lib. VI Codicis.

Jure Romano testamenta solemniter aperiri debebant, vocatis illis qui testes adfuerant, ut signo sua recognoscerent: quod si absentes essent, testamentum aperiebatur coram honestis aliquibus viris, et tunc ad testes remittebatur, ut signa sua recognoscerent (*L.* 4, 6 *et* 7 *ff. h. t.*, *L.* 2 *cod. cod.*). Quod mores nostros attinet, vel testamentum clausum non est, et tunc non est quaestio de eo aperiendo; vel est clausum, et tunc aperiri debet coram notario et testibus.

Sub hoc titulo etiam fit mentio de edicto praetoris, quo cautum ut omnibus copia fiat testamentum inspiciendi et describendi (*L.* 1 *ff. h. t.*), ita tamen ut, si quis credatur nullum interesse habere, non prius ipsi fiat testamenti describendi copia, quam praestito juramento calumniae (*L.* 3 *cod. h. t.*).

Rationem edicti praetoris refert J. C. in *L.* 1 § 1 *ff. h. t.*, quia, inquit, *neque sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque testamenti tabulis*; quibus verbis J. C. certe noluit decidere nullas esse transactiones, non inspectis testamenti tabulis; sed significare voluit vix aliter transigi posse, seu neminem facile transacturum, nisi inspectae fuerint testamenti tabulae: caeterum Tribonianus imprudenter illa verba collocavit in *L.* 6 *de transact.*, cum in illis non esset quaestio an transactio valeret, vel non; ex qua imprudentia natus est error eorum, qui contendunt non valere transactionem super illis, quae testamento sunt relicta, nisi inspectae fuerint testamenti tabulae, ut sub *tit. de transact.* diximus.

TITULUS IV.

SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO, VEL ALIO MODO POSSIDEAT HEREDITATEM.

Juncto TITULO XXIX lib. VI Codicis.

Sub hoc titulo refertur edictum praetoris, quo statuit, ut ille qui ex testamento repudiavit in fraudem eorum, erga quos gravatus erat, quique ab intestato tunc possideret hereditatem, cum forte proximus ab intestato esset, ut, inquam, ille teneretur eodem modo legata, aliaque quibus gravatus erat solvere, ac si ex testamento adivisset: scilicet, juris principiis inspectis, quoniam per repudiationem heredis testamentum destituebatur, nil ex eo debebatur, et sic heres ab intestato succedens nil cogebatur solvere; sed cum durum videretur praetori, ut quis sic impune circumvenire posset legatarios, et evertere defuncti voluntatem, motus est ad hoc edictum proponendum (*L.* 1 *ff. h. t.*); itaque hoc edicto praetor dat actionem legatariis contra heredem eodem modo ac si ex testamento adivisset, ita tamen ut possit Falcidiam deducere, prout eam deducere potuisset, si ex testamento heres fuisset.

Ut autem haec actio detur contra heredem, sufficit quod vel aliquam rem hereditariam ab intestato possideat (*L.* 13 *et seqq. ff. h. t.*): ille etiam qui nihil possidet, qui tamen dolo malo possidere desiit, hac actione tenetur (*L.* 1 § 13 *ff. h. t.*); imo extensum est edictum ad eum qui, ut repudiaret, pecuniam accepit a substituto, vel herede ab intestato; item ad eum, qui nullam pecuniam ab illis accepit, sed tamen probari posset repudiasse, ut fraudaret legatarios, atque substituto vel heredi ab intestato faveret (*L.* 2 *et* 4 *ff. h. t.*), modo tamen fraus adsit: alioquin enim cuique liberum esse debet etiam lucrosam hereditatem praetermittere, licet per hoc legata intercidant (*L.* 17 *ff. h. t.*).

Ulterius data etiam fuit actio ex hoc edicto contra eum, qui in testamento quidem scriptus non erat, sed qui fraudis ab herede factae particeps fuit, et ad quem ex illa fraude hereditas pervenit (*L.* 27 § *ult. ff. h. t.*).

Quid si Titius heres scriptus sit sub conditione, si 100 det Maevio, isque ex testamento repudiet, et ab intestato adeat, an cogetur Maevio 100 dare? R/. negative (*L.* 8 *ff. h. t.*); praetor enim dat actionem illis, qui ex testamento actionem habuissent, si hereditas ex testamento adita fuisset: in casu autem Maevius pro istis 100 nunquam habuisset actionem; non enim jussus est Titius 100 dare Maevio, sed 100 sunt tantum posita in conditione, ut, si illa daret, heres esset: conditio autem non disponit.

Cessat hoc edictum, si testator potestatem fecerit heredi, ut repudiare posset ex testamento, et adire ab intestato, modo id expresserit testator (*L.* 6 § 1 *ff. h. t.*); unde in *d. L.* 6 *pr.* quaeritur de hoc casu. Testator fratrem suum instituerat heredem, eumque variis legatis gravaverat: dein codicillos fecerat, quibus rogaverat fratrem ut, si ad eum hereditas ab intestato perveniret, fideicommissa quibusdam praestaret: mortuo testatore frater repudiaverat ex testamento, et ut proximus ab intestato adiverat: decidit J. C. quod cogatur etiam legata in testamento relicta praestare; ex eo enim quod testator ipsum rogaverat ut, si ab intestato ad eum spectaret hereditas, fideicommissa prae-

staret, non sequitur quod ei permiserit repudiare ex testamento, et succedere ab intestato; ideo enim forte mentionem de isto casu fecerat, quod timeret ne, si testamentum non rite factum esset, omnes dispositiones corruerent.

Quid de hoc casu? Testator ita scripserat: *Titius heres esto: si Titius heres erit, Maevius heres esto*: Titius, cum esset proximus ab intestato, repudiaverat ex testamento, et ab intestato adiverat, sicque Maevius erat exclusus, qui institutus erat sub conditione *si Titius heres erit*. An jam Maevius partem hereditatis petere potest a Titio, quam habuisset si Titius ex testamento heres fuisset? J. C. negat in *L. 22 ff. h. t.* ex hac ratione, quod praetor legatariis et fideicommissariis hoc edicto consulere voluerit, quoniam legata et fideicommissa omnino dependent ab aditione heredis, nec potest testator efficere ne ab ea dependeant, sicque heres repudiando evertit voluntatem defuncti, quae fraus movit praetorem ut actionem legatariis et fideicommissariis daret, eodem modo ac si non repudiasset ex testamento. Sed aliud est in casu posito, ubi testator instituerat Maevium sub conditione si Titius heres esset; institutio enim unius heredis ex natura sua non dependet ab aditione alterius, poteratque testator in casu Maevium pure instituere, nec necesse habebat suspendere ejus institutionem ab aditione Titii: quod ergo institutio Maevii locum non habeat, Titio repudiante, testator sibi imputare debet; idque est quod ait J. C. *Hereditatis vero quae ita data est rationem habere non debet: sua enim culpa testator sub hac conditione hereditatis partem dedit quam potuit pure dare.*

TITULUS V.

DE SENATUS-CONSULTO SILANIANO ET CLAUDIANO QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

S. C. *Silaniano* cautum erat, ut si dominus a familia, id est a servis occisus diceretur, heres non prius hereditatem adire posset, quam de illa occisione publica quaestio habita fuerit, suppliciumque reis inflictum. *S. C.* vero *Claudiano*, quod et *Neronianum* et *Pisonianum* appellatur, insuper cautum, ut testamento manumissi, qui sub eodem tecto fuerant, eadem quaestione et supplicio subjicerentur, modo criminis conscii fuerint, vel eum possent, illud non impediverint: praeterea cautum ut occiso viro, de familia uxoris, uxore occisa, de familia viri quaestio institueretur. Quod si autem neglecta hac vindicta heres adiverit, fiscus hereditatem occupabat; adversus eum vero, qui ante hanc vindictam tabulas testamenti aperuerat, ad centum aureos, inter fiscum et eum cujus cura reus convictus fuerat, dividendos, condemnabatur. Haec historice dixisse sufficiat.

TITULUS VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT

Juncto TITULO XXXIV lib. IV Codicis.

Sub hoc titulo agitur de eo, qui impedire vult testatorem quominus condat testamentum, vel ad testandum cogere, statuiturque ut si is v. g. heres, qui in testamento scriptus erat, prohibeat testatorem testamentum mutare, ab eo tamquam indigno auferatur hereditas, et in fiscum redigatur: scilicet eum illud testamentum revera ruptum non fuerit, utpote eum testamentum nuda voluntate non rumpatur, ipso jure heres ex eo adhuc adire potest; sed cum iniquum esset, ut contra testatoris voluntatem hereditate gauderet, aufertur ab eo hereditas.

Idem est, si quis adhuc nullum testamentum fecerit, et eum vellet facere prohibeatur ab herede ab intestato, nam etiam hereditas ab eo per fiscum aufertur.

Caeterum fiscus, qui occupat hereditatem, subintrat in onera, ad quae heres tenebatur; itaque si heres scriptus legatis vel fideicommissis gravatus esset, et fiscus ab eo hereditatem auferat, propterea quod prohibuerit testatorem testamentum mutare, fiscus ad illa legata solvenda tenebitur, ita tamen ut Falcidiam deducere possit, prout heres deduxisset (*L.* 2 § 2 *ff. h. t.*).

Ille, qui testatorem testari prohibuit, non privatur tantum hereditate sibi delata, sed si quis probare possit se scribendum fuisse heredem, si testatori licuisset, huic etiam videtur teneri ad id quod ejus interest, argumento *L.* 1 *eod. h. t.*, ubi dicitur quod dum quis aliquem testari coëgerit, *civili disceptioni crimen adjungatur*; per civilem enim disceptionem ibi intelligi videtur actio civilis ad interesse, qua tenetur cogens iis quorum interest testatorem coactum fuisse: idem probatur arg. *L.* 88 § 4 *ff. de leg.* 2.

Notandum quod ille tantum incidat in poenam amissionis hereditatis, qui malo more prohibuit testatorem, non autem ille, qui alio modo eum induxit ne testamentum mutaret (*L. ult. ff., et L. ult. cod. h. t.*).

Notandum etiam quod factum unius non noceat alteri: sic si duo heredes in testamento scripti sint, et unus eorum prohibeat testatorem volentem aliud testamentum facere, portio quidem illius heredis, qui prohibuit, per fiscum aufertur, sed alter suam portionem habebit, si istius prohibitionis particeps non fuerit, ut colligitur ex *L.* 2 § 1, et *L.* 1 § 2 *ff. h. t.*

Quod si unus in favorem alterius prohibuerit testatorem, v. g. cum Titius in primo testamento scriptus esset, vel esset proximus ab intestato, Maevius prohibuerit testatorem testari volentem testamentum facere, an a Titio qui fraudis non fuit

particeps hereditas auferetur? Defendi posse videtur quod auferenda non sit hereditas, poenae enim extendendae non sunt; non legitur autem poena amissionis hereditatis statuta pro eo, in cujus gratiam facta est prohibitio, quique hujus prohibitionis non fuit particeps, sed tantum in eum qui prohibet ne alter testamentum faciat, idque ideo quia indignus est, ut ex voluntate testatoris coacta aliquid consequatur; quod de priori dici non potest, cum ille non deliquerit, nec prohibuerit testatorem testari.

Nec obstat quod ille, in cujus gratiam prohibitio facta est, non habeat pro se voluntatem testatoris, cum testator volens testamentum facere contrarium ostenderit; nam sola contraria voluntate hereditas non adimitur, imo si testator incoepisset testari, morte autem praeventus non perfecisset testamentum, primum testamentum non rumperetur, et heres in eo scriptus hereditatem adire posset: sic etiam hic testator testamentum non fecit, et licet prohibitus fuerit facere, cum tamen heres prohibitionis istius non fuerit particeps, non apparet ratio cur ab eo auferretur hereditas.

Non obstat etiam quod nemo debeat sentire lucrum ex alieno delicto; etenim heres in primo testamento scriptus, vel heres ab intestato lucrum hereditatis quod habet non sentit ex delicto, seu ex prohibitione testatori facta, sed ex sua institutione, vel ex lege quae ipsum ab intestato vocabat, haecque prohibitio tantum est occasio istius lucri.

Quid jam de casu, ubi quis vi coëgit ad testandum? Plures, inter quos Huberus, volunt testamentum nullum esse, adeoque admittendos esse heredes ab intestato, vel eos qui in priori testamento erant scripti; sed verius videtur valere testamentum, quod testator coactus fecit, heredesque in eo scriptos posse ipso jure adire hereditatem, verum hereditatem ab iis per fiscum esse auferendam: scilicet, licet testator coactus voluerit, equidem voluit, et coacta voluntas est etiam voluntas; et sane, ut ex titulo *Quod metus causa etc.* constat, alii actus metu initi valent, et tamen ad alios actus etiam voluntas requiritur: nulla autem est lex, quae dicit aliud esse in testamento, aut testamentum metu extortum nullum esse: sicque videtur dicendum id valere, tanto magis quod in rubrica hujus tituli illa duo conjunguntur, *si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit:* pro casu autem, ubi testator prohibitus fuit, fiscus aufert hereditatem; ergo etiam in altero casu, ubi fuit coactus.

Obj. *L.* 1 *cod. de sacrosanctis ecclesiis*, ubi dicitur quod nil magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis liber sit stylus. ℟. Sed in illa lege Constantinus non agit do testamento vi extorto, nec decidit illud esse nullum, sed loquitur de libertate, quam homines habere debent instituendi heredes quos voluerint; scilicet permittit in illa lege testari etiam in favorem ecclesiarum, eo quod, ut ait, liberum debeat esse testatori relinquere bona sua cui vult.

Obj. etiam *L.* 20 § *ult. qui test. fac. poss.*, ubi dicitur quod si testes inviti sint detenti, non valeat testamentum; ex quo sequi videtur idem esse dicendum, si testator coactus fuit. ℟. Disparitas est quod adhibitio testium sit de solemnitatibus testamenti extrinsecis: solemnitates autem illas vitiari putabant Romani per coactionem; et sane, si de solemnitate testamenti sit, ut testes debeant esse rogati, sequebatur etiam esse de solemnitate, ut non sint inviti: verum voluntas testatoris non est solemnitas extrinseca testamenti, sed est ipsum testamentum: haec autem voluntas in testatore coacto semper adest, sicque testamentum ipso jure valere debet, quamvis heres in eo scriptus hereditate per fiscum privetur.

TITULUS VII.

DE JURE CODICILLORUM

Juncto titulo TITULO XXXVI lib. V Codicis.

Codicilli definiuntur ultima voluntas minus solemnis de eo, quod post mortem suam quis fieri vult; scilicet saepe Romani heredes suos scriptura aliqua per modum epistolae rogabant, ut quid darent vel facerent, caeterum nullum juris vinculum talis scriptura habebat, donec sub divo Augusto efficacia codicillis data fuit, ut narratur in *princ. inst. de codicillis.*

Licet autem juris effectus fuisset datus codicillis, initio tamen non nisi indirecte dispositiones in illis fieri poterant, ita ut verbis directis in codicillis non posset disponi, nec adeo legata vel libertates per codicillos relinqui.

Labente tempore ab hoc rigore recessum est, et admissum ut etiam legata et libertates in codicillis relinqui possent, modo codicilli essent testamento confirmati, quasi tales codicilli viderentur pars et appendix testamenti, et quae in illis relicta essent ex ipso testamento vires caperent. Imo, postquam a Justiniano legata et fideicommissa fuerunt adaequata, consequens fuit posse legata, et libertates relinqui etiam in codicillis testamento non confirmatis.

Quod attinet institutionem heredis, illa, nec ante, nec post Justinianum in codicillis unquam fieri potuit, licet codicilli testamento confirmati essent, idque ne testamentorum et codicillorum jura confunderentur, ut ait Justinianus in § 2 *inst. h.t.*; unde semper salva mansit regula, hereditatem nec directe dari nec adimi posse per codicillos. Ex quo sequitur quod, si in testamento quis pure heres sit scriptus, codicillis conditio ei adjici nequeat, et vice versa conditio in testamento ad-

jecta institutioni nequeat detrahi in codicillis, na primo casu contingat adimi hereditatem, posteriori dari hereditatem in casum existentis conditionis (*L.* 6 *ff. h. t.*, *L.* 27 § 1 *ff. de cond. inst.*).

Nec obstat *L.* 77 *ff. de hered. inst.*, item *L.* 10 *ff. de cond. inst.*, in quibus dicitur valere institutionem hanc, *quem in codicillis fecero heres esto*; nam in illo casu hereditas non datur per codicillos, sed per testamentum, scilicet institutio continetur in illis verbis *heres esto*, supponuntur autem illa verba in testamento scripta: totum quod fit hic in codicillis est, quod in eis designetur persona ejus, quem testator in testamento dixerat se instituere heredem.

Quamvis autem per codicillos non possit directe dari, vel adimi hereditas, indirecto tamen seu per fideicommissum fieri potest, ut nempe heres in testamento scriptus, vel heres ab intestato rogetur restituere hereditatem vel partem alteri per codicillos; imo admissum videtur, ut si quis in codicillis directo heredem instituat, haec institutio directa flectetur in fideicommissum, quasi rogasset testator, ut hereditas restituatur ei, quem in codicillis scripsit (*L.* 2 § *ult.*, *L.* 13 § 1 *ff. h. t.*, *L.* 76 *ff. ad. S. C. Treb.*).

Hoc tamen ita tantum verum est, si testator codicillos facere voluerit, nam si testamentum facere voluerit, haec scriptura nec ut testamentum valebit, quia, ut supponitur, non adsunt solemnitates sufficientes ad testamentum, nec ut codicillus, quia testator codicillum facere noluit; aliud enim est testamentum, aliud codicillus (*L.* 1, *L.* 13 § 1 *ff. h. t.*). Inde apud Romanos utilitas clausulae codicillaris, qua testator dicit se velle ut, si id quod disposuit non valeat jure testamenti, valeat saltem jure codicillorum, quo casu, licet solemnitas aliqua desit, habebitur voluntas pro codicillo (*L. ult.* § 1 *cod. h. t.*); haecque clausula etiam hoc modo potest apponi, ut testator dicat se velle, ut sua dispositio valeat quacumque ratione valere possit (*L.* 29 § 1 *ff. qui test. facere poss.*).

Fiunt codicilli, vel nullo existente testamento, seu ab intestato, vel testamento existente: priori casu testator intestatus moritur, heresque ab intestato gravatus est eo, quod in codicillis scriptum est. Nec obstat quod solus ille possit gravari, qui a testatore honoratus est, seu qui ab eo aliquid accepit, quodque heres ab intestato non accepit hereditatem a defuncto, sed a lege quae proximos ab intestato vocet; nam quamvis directe a defuncto non accipiat hereditatem, aliquo tamen sensu ab eo accipere dici potest, scilicet defunctus ipsum excludere poterat testamentum condendo, idque viam est sufficere, ut ipsum gravare posset (*L.* 8 § 1 *ff. h. t.*).

Quod attinet codicillos, qui existente testamento fiunt, illi censentur partem et appendicem testamenti facere, viresque ex eo capiunt, licet in testamento expresse confirmati non sint; semper enim tacito confirmati censentur, licet testator expresse non dixerit se velle, ut codicilli quos postea faceret valeant (*L* 3 § 2 *ff. h. t.*); imo quaa in talibus codicillis scripta sunt, in ipso testamento scripta esse videntur, adeo ut quoad omnia quae juris sunt ipsum testamentum respiciatur, v. g. ut videatur an codicilli valeant, necne (*L.* 2 § 2 *ff. h. t.*). Unde, si quis post testamentum factum ab hostibus capiatur, et apud hostes codicillos faciat, si reversus ab hostibus moriatur, non tantum testamentum jure postliminii valebit, sed etiam codicilli (*L.* 12 § 5 *ff. de captivis et postliminio reversis*): aliud foret si apud hostes moreretur, de quo casu accipe *L.* 7 *ff. h. t.*: aliud etiam foret de codicillis, quos apud hostes fecisset ille, qui in urbe nullum testamentum fecerat; hic autem eo tempore quo codicillos fecit non habebat testamenti factionem, nec quod in codicillis scripsit potest videri in testamento scriptum, cum nullum testamentum fecerit.

Ex eo quod codicilli sequantur jus testamenti, sequitur quod si testamentum destituatur, rumpatur, vel alio modo corruat, corruant etiam codicilli (*L.* 3 § 1 *ff. h. t.*); sed quid si quis testamentum fecerit, quod ab initio nullum erat, et postea codicillos faciat, an etiam nulli erunt codicilli? Huc casu dicendum videtur codicillos valere: scilicet quod dicitur, codicillos videri partem testamenti facere, ejusque jus sequi, id verum est quando extat testamentum; hic autem, ut supponitur, nullum unquam testamentum extitit, cum ab initio fuerit nullum; sicque codicilli facti nunquam ab hoc testamento dependerunt, sed ab initio per se substiterunt, eodem modo ac si ab intestato facti essent; imo, licet testator in eo testamento expresse confirmasset codicillos, quos postea faceret. adhuc nullitas testamenti non videtur obstare codicillis, scilicet testator illam confirmationem adjecit ad majorem securitatem, non vero ad infirmandos codicillos. Jam autem, si codicilli ea ratione nulli essent, id quod testator ad majorem securitatem fecisset, voluntatem ejus destrueret; id enim dicendo non voluit ut, si testamentum nullum esset, etiam nulli essent codicilli, sed ostendit suam sollicitudinem, quod vellet codicillos valere, utque tanto magis valerent, in testamento adjecit se eos confirmare, putans testamentum suum valere.

Caeterum quod diximus, ea quae in codicillis scripta sunt videri in testamento scripta esse, verum est de iis quae juris sunt, v. g. ut videatur an quod in codicillis relictum est, valeat, nec ne. Aliud est de illis quae sunt facti, nam quoad ea, non tempus quo testamentum factum est, sed tempus codicillorum attendendum est: sic si quis in codicillis scripserit *vestem quae mea est lego*, ut

videatur quae vestis debeatur, inspiciendum est tempus codicillorum, ita ut vestis quam testator tunc habet legata sit, non vero ea quam habebat dum testamentum condebat; nam quam vestem testator per illa verba intellexerit, est quaestio facti, et testator dicendo *quae mea est* ad tempus praesens se refert: sic etiam, si quis legatum in codicillis relinquat *si Titius vivat*, ad videndum an hoc legatum debeatur, non est attendendum an Titius viveret tempore quo testamentum faciebat, sed an viveret tempore quo codicilli, in quibus hoc legatum scriptum est, fiebant (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*).

Circa codicillos ante testamentum factos, eos non aliter valere putabat Papinianus, cujus sententia extat in *L.* 5 *ff. h. t.*, quam si testamento expresse confirmati essent, hac verosimiliter ratione, quod quando codicillos faciebat, volebat intestatus mori; postea autem testamentum faciens vult mori testatus, adeoque censeatur recessisse a voluntate in codicillis expressa, nisi nominatim in testamento dicat se velle, ut codicilli quos ante fecit valeant.

Verum ab hac sententia recesserunt imperatores Severus et Antoninus, ut refert Justinianus in § 1 *inst. h. t.* ubi, postquam retulerat sententiam Papiniani, addit per oppositionem, sed divi Severus et Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum qui testamentum fecit a voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse, quae verba sic intelligenda sunt, si non appareat eum recessisse: et adeo ut codicilli illi sortiantur effectum, non requiritur ut appareat ab iis non esse recessum, seu ut confirmati sint in testamento, sed sufficiat quod non appareat recessum esse, adeo ut nulla speciali confirmatione opus sit: quod autem sic intelligenda sint illa verba, patet ex eo quod alias imperatores Severus et Antoninus idem respondissent quod dixerat Papinianus, ubi tamen Justinianus opponit rescriptum eorum sententiae Papiniani per particulam *sed* adversativam. Quod attinet eos qui codicillos facere possunt, dicendum quod illi soli possint codicillos facere, qui testari possunt (*L.* 6 § 3 *ff. h. t.*).

Nec obstat *princ. inst de codicillis*, ubi dicitur utiles esse codicillos ut, si quis testamentum facere non possit, tamen codicillos posset; nam non loquitur imperator de eo, qui testamenti factionem non habet, sed de eo, qui hic et nunc testari non potest, v. g. quod numerum sufficientem testium non haberet ad manum. Adde *L.* 8 § 2 *ff. h. t.*

Restat videndum qua forma codicilli fieri debeant. Et quidem non apparet quod jure Digestorum ulla solemnitas pro codicillis requiratur; legitur enim quod Augustus simpliciter codicillis effectum juris dederit sine distinctione an aliqua solemnitas esset adhibenda, vel non; nec in totis Pandectis ulla lex reperitur, in qua mentio [illegible] alicujus solemnitatis, sed simpliciter dicitur codicillos effectum habere, si modo constet eos revera a defuncto fuisse conditos: sic in *L.* 89 *ff. de leg.* 2 proponitur quod quis in testamento dixisset, se velle ut *quod obsignatum ad heredem pervenisset id vice codicillorum valeret:* testator epistolam non obsignatam reliquerat: ait J. C. quod illa etiam effectum sortiri debeat, si fides epistolae relictae constaret; sic nil aliud requirit quam ut constet eam epistolam vere a defuncto fuisse perfectam. Vide etiam *L.* 77 § 23 *ff. de leg.* 2, *L.* 22 *cod. de fideicommiss.*

Caeterum Theodosius in *L. ult.* § *ult. cod. de codicillis* voluit, ut in omni ultima voluntate, excepto testamento, adhiberi debeant quinque testes, unde sequitur quod etiam in codicillis quinque testes requirantur: sed an illi testes requiruntur ad solemnitates, an tantum ad probationem? Verius videtur tantum requiri ad probationem; ex quo sequitur non requiri hic testes qualificatos v. g. masculos, sed sufficere tales testes quales in judicio fidem faciunt, adeoque etiam mulieres in codicillis testes esse possunt: scilicet, ut diximus, jure veteri nullae solemnitates in codicillis requirebantur: jus autem vetus tamdiu debet obtinere donec reperitur abrogatum; nisi ergo clare probetur Theodosium illos quinque testes tamquam solemnitatem requisivisse, dicendum quod eos ad probationem tantum requisiverit: cui accedit quod Justinianus in § *ult. inst. h. t.* expresse dicat, quod codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderent; sicque signum est quod Justinianus non putaverit quinque testes a Theodosio fuisse requisitos ad solemnitatem.

Nec obstat quod Theodosius in *d. L. ult.* § *ult.* requirat, ut testes uno eodemque tempore adhibeantur, sicque videatur requirere unitatem contextus, quae est una ex solemnitatibus testamenti; nam unitas contextus in multo pluribus consistit, quam ut omnes testes simul praesentes sint: quod autem praesentiam simultaneam requirat Theodosius, id tantum ideo est ut testamento firmior sit probatio, utque possent testari de coactu.

Non obstat etiam quod ad probationem sufficiant duo testes; nam quamvis id generaliter sit verum, contingit tamen quandoque quod leges pro certo actu majorem probationem exigant, item quod exigant certum genus probationis, et aliud respuant; et certe securius est pro ultimis voluntatibus majorem exigere probationem quam pro aliis actibus, nulli enim actus magis sunt obnoxii fraudibus, quam actus ultimae voluntatis.

Quaeritur an non requiruntur quinque testes pro codicillis testamento confirmatis? Et verius videtur, contra Vinnium aliosque, etiam in illis quinque testes requiri; scilicet Theodosius in *d. ult. L.* § *ult.* generaliter requirit quinque testes pro omni ultima voluntate, nec excipit codicillos testamento confirmatos, sicque nostrum non est illam exceptio-

Digitized by Google

nem facere. Praeterea quod diximus, quinque testes non requiruntur in codicillis tamquam solemnitas aliqua, sed tantum ad probationem, eo quod Theodosius crediderit alios modos probandi non esse adeo securos, quam ille qui fit per quinque testes; ea autem ratio tam bene militat pro codicillis testamento confirmatis, quam pro illis qui fiunt nullo testamento existente.

OBJ. quod ea, quae in codicillis testamento confirmatis sunt scripta, habeantur ac si in testamento scripta essent, quodque partem testamenti facere videantur; atqui si in ipso testamento essent scripta, nulla alia probatione aut solemnitate opus esset, quam ea quae in testamento est adhibita. Ry. Jam ante diximus, ea quae in codicillis sunt scripta videri in testamento scripta, quantum attinet ad jus, non vero ad ea, quae facti sunt (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*); jam autem illi quinque testes uniee requiruntur ad probationem: probatio vero in facto consistit: praeterea, ut dici possit ea quae in codicillis scripta sunt videri in testamento scripta, prius probari debet codicillos vere a defuncto fuisse conditos, ea autem probatio non fit nisi per quinque testes.

Licet quis non possit eum pluribus testamentis decedere, potest tamen decedere cum pluribus codicillis; et disparitas est quod in testamento fiat dispositio universalis, et de tota hereditate; codicilli vero tantum continent particulares aliquas dispositiones; nihil autem vetat quominus quis plures tales dispositiones faciat: quod si appareat testatorem in posterioribus codicillis recessisse a prioribus, illis utpote novissimam voluntatem declarantibus adhaerendum.

Hodie differentiae testamentorum et codicillorum prorsus exoleverunt. Vide Stockmans *dec.* 2.

LIBER TRIGESIMUS

LIBER TRIGESIMUS PRIMUS

LIB. TRIGESIMUS SECUNDUS

DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

Definitionem legati, varia juris antiqui legandi genera, quibus legari possit, quaenam actiones pro legatis competant disce ex *Recitationibus Heineccii* hoc titulo: quasdam altioris indaginis quaestiones hic subjiciamus, et ideo videbimus.

§ I.

Legari possunt res omnes, quae sunt in commercio: quod si res quae extra commercium est legata sit, nullius momenti erit legatum, adeo ut nequidem aestimatio debeatur (*L.* 39 § 8, 9 *et* 10 *de lg.* 1): quod si res quidem sit in commercio, sed non sit in commercio testatoris vel heredis, modo legatarius commercium ejus habeat, valet legatum (*L.* 49 § 3 *de leg.* 2); sed si legatarius commercium ejus rei non habeat, legatum ita est nullum, ut nec res, nec aestimatio debeatur (*L.* 49 § 2 *de leg.* 2): hac ratione, si hodie monasterio, vel alteri manui mortuae legata sit res immobilis, nec res, nec aestimatio ejus debebitur; etenim monasterium non potest rem ipsam petere, quia edictum prohibet, manosque mortuas reddit incapaces ad acquirendas res immobiles; atqui nec aestimationem petere potest, quia ea non fuit legata, et aliud est

res, aliud aestimatio; ergo nihil petere potest: deinde toties aestimatio debetur, quoties vel aestimatio fuit legata, vel res ipsa est debita, neutrum autem hic dici potest.

Obj. Testator rem legans legavit aestimationem, nam omnis res in se continet sui aestimationem. ℟. Res continet sui aestimationem, non ut aliquid a re diversum, sed tantum hoc sensu, quod is qui rem habet, possit eam vendendo aestimationem consequi: aestimatio autem, ut aliquid a re diversum, non fuit legata.

Inst. Voluit testator ut monasterium ex eo legato haberet commodum. ℟. Si hoc voluerit, non legavit debito modo; deinde probabile est quod talis non libere legaverit, sed importune sollicitatus.

Obj. arg. *L.* 16 *ff. de usu et usuf. leg.* ℟. In casu objecto legatum valet, et tantum modus est illicite adjectus; sed in casu nostro legatum est nullum.

Obj. Si res aliena, quae legata est, non praestetur, debetur aestimatio. ℟. Quia legatum rei alienae valet.

Obj. arg. *L.* 11 § 16 *de leg.* 3. ℟. In casu objecto non tam servo legasse intelligitur, quam domino, adeoque non ad servum, sed ad dominum tantum attendere debemus.

Obj. *L.* 114 § 5 *de leg.* 1. ℟. In casu objecto legatum erat licite relictum, et legatarius proinde habebat commercium rei legatae, licet ad usum rei esset ineptus; sed in casu nostro est illicite relictum.

Obj. *L.* 40 *de leg.* 1. ℟. In casu objecto, is cui ex fideicommisso res erat restituenda, commercium ejus rei habebat.

Inst. Dicitur quod is non haberet jus possidendi. ℟. Sed aliud est commercium non habere, aliud jus possidendi non habere: sic possum habere commercium, licet jus possidendi non habeam, v. g. caecus habet commercium militiae, licet non habeat jus possidendi militiam.

Obj. Si militia foret monasterio legata, deberetur aestimatio. ℟. Quia qui legat militiam, non ipsam militiam, sed ejus aestimationem legare intelligitur (*L.* 49 § 1 *de leg.* 2).

§ II.

Sed quid si testator legaverit rem sibi cum alio communem? ℟. Si dixisset se suum fundum legare, certum est quod tantum deberetur pars, quae testatoris erat (*L.* 5 § 2 *de leg.* 1): quod si dixerit se totum fundum legare, certum est quod totus fundus debeatur (*L.* 68 *princ. de leg.* 3): quod si simpliciter dixerit se illum fundum legare, dubium est quid voluerit, et in hoc dubio dicimus parcendum esse heredi (*L.* 47 *de leg.* 2), adeoque quod tantum debeatur pars, quae testatoris fuit. Huc facit argumentum *L.* 71 § 6 *de leg.* 1, *L.* 24 *ff. de instr. et instrum. leg.*, item *L.* 68 *princ. de leg* 3, ubi pars aliena ideo debetur, quia testator adjecit verbum *omne*, adeoque supponit J. C. partem alienam non deberi, si hoc vocabulum non adjecisset.

Obj. Si totus fundus esset alienus, totus deberetur. ℟. Quia alias legatum esset nullum, quod secus est quando pars tantum est aliena.

Obj. Nomine fundi venit totus fundus, neque facile potest recedi a propria verborum significatione. ℟. Sed recte fundum meum voco, licet tantum pars sit mea (*L.* 74 *de leg.* 3, *L.* 26 *ff. de serv. urb. praed.*); et certe si dixisset se suum fundum legare, tantum deberetur pars, quae testatoris erat.

Obj. argumentum a contrario ex *L.* 5 § 2 *de leg.* 1. ℟. Ex eo tantum sequitur, quod si non dixerit meum, dubium esset an totus fundus deberetur, an vero tantum pars; et in hoc dubio pro herede respondemus.

Obj. Si ususfructus esset alienus, deberet praestari (*L.* 66 § 6 *de leg.* 2). ℟. Quia ususfructus omne emolumentum rei continet, et sic nisi praestaretur, legatarius non haberet emolumentum ex re legata.

Inst. Atqui hoc falsum est, nam ususfructus non est perpetuus. ℟. Sed legatarius non haberet praesens emolumentum, si non praestaretur ususfructus, quod tamen testator voluit.

Inst. Atqui haberet praesens emolumentum, nam haberet nudam proprietatem, quam posset vendere, oppignorare etc. ℟. Non haberet emolumentum ex corpore rei, si deberet eam ad hoc vendere; hoc autem voluit testator.

§ III.

Quid si res legatarii propria ei sit legata? Legatum penitus est nullum, ut nec res, nec ejus aestimatio debeatur (*L.* 13 *cod. h. t.*), et licet eam legatarius postea alienaverit, inutile manet, eo quod ab initio non valuerit (*L.* 45 § 2 *de leg.* 1).

Obj. *L.* 1 § 2 *ff. de reg. Caton.* ℟. Illic legatum erat sub conditione, si fundum vivo testatore alienaverit legatarius; ad legata autem conditionalia regula Catoniana non pertinet.

§ IV.

An nunquam valet legatum rei legatarii propriae? ℟. Valet, si ea res perfecte non sit legatarii, sed aliquid ipsi in ea abesse intelligatur; exempla habentur in *L.* 71 § 5, et *L.* 86 *pr. et* § 7 *de leg.* 1.

Obj. *L.* 66 § 6 versu *ain autem de leg.* 2. ℟. Cujacius docet legendum *praeter* loco *propter*: quod si hanc correctionem non admittamus, debet dici quod legatum rei meae mihi relictum non va-

lest, licet ususfructus alienus sit, quodque hoc singulare sit hoc casu, quia ususfructus rei meae mihi perpetuo non abest, sed ex certis causis ad me redibit.

§ V.

Quid si legatarius aliunde acquisiverit dominium rei legatae? ℟. Si ex causa onerosa, poterit adhuc ex testamento agere, et petere quod sibi pro ea re abest (*L.* 55 *princ.*, *L.* 34 § 7 *de leg.* 1); si vero ex causa lucrativa eam habeat, amplius eam petere non potest, quia duae causae lucrativae in eamdem rem, eamdemque personam concurrere non possunt (*L.* 108 § 4 *de leg.* 1).

§ VI.

Quid ergo, si eadem res saepius legata sit? ℟. Vel in eodem testamento, vel in diversis diversorum testamentis hoc contingit. Si in eodem, amplius quam semel non debetur (*L.* 34 § 1 *de leg.* 1), idque licet non corpus, sed quantitas sit legata (*L.* 34 § 1 *de leg.* 1), nisi, ut ibi dicitur, evidenter probaret legatarius quod testator saepius legare, et quantitatem legatam multiplicare voluerit, ut videre possumus in *L.* 12 *ff. de probat.* Quod si diversorum testamentis eadem res fuerit legata eidem, siquidem sit quantitas legata, ea saepius debetur et praestari debet, quia non eadem quantitas, sed alia et alia in unoquoque testamento legata intelligitur (*L.* 87 *princ. de leg.* 2): si vero corpus legatum sit, tum si legatarius ex uno testamento corpus ipsum consecutus sit, amplius ex alio testamento agere non potest, propter regulam de duabus causis lucrativis: si vero ex unius testamento aestimationem consecutus sit, potest adhue ex alio testamento agere et rem petere, quam huc usque non habet (§ 6 *inst. h. t.*).

Qualem rationem habet haec regula, quod duae causae lucrativae in eamdem rem, et eamdem personam concurrere non possint? Sensus regulae est, quod non possint concurrere eodem tempore; nihil enim prohibet me rem, quam semel ex causa lucrativa consecutus sum, et cujus dominium postea amisi, ex alia lucrativa causa postea acquirere, tunc enim non potest dici extincta actio, quem ex secunda causa lucrativa acquisivi. Ratio autem cur eodem tempore concurrere non possint ea est, quia quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest, nec bis eadem res praestari potest (*L.* 108 § 4 *ff. de leg.* 1); quae ratio cessat, si eodem tempore causae non concurrant.

Cur eodem tempore concurrere possunt duae causae, quarum una est lucrativa, altera onerosa? Quia dum res ex causa onerosa nobis acquisita est, perinde habetur ac si nobis quaesita non esset (*L.* 14 *ff de verb. sign.*), et ideo ea res adhuc peti potest.

Cur ergo, si res mea jam sit, inutiliter mihi legatur, sive sit mea ex lucrativa, sive ex causa onerosa, cum si post natam obligationem ex causa lucrativa, res ex causa onerosa mea esse coeperit, non extinguatur obligatio ex causa lucrativa? ℟. Quia facilius conservatur jam acquisita, quam acquiratur nova obligatio; scilicet auctoritate jurisconsultorum receptum est, ut obligatio ex causa lucrativa acquisita non invalidetur, si res, quae debetur creditori, ex causa onerosa fuerit acquisita, cum summa ratio sit subveniendi illi, qui rem jam ex causa lucrativa sibi debitam acquisivit ex causa onerosa, quia forte diutius ea carere non poteret; at idem non est, quando res jam ente natam lucrativam causam alicui fuit acquisita, tunc enim nulla ratio est, ut huic subveniatur.

§ VII.

Quid si testator rem propriam legaverit, eamque post factum testamentum alienaverit? Si sine ulla necessitate alienaverit, intelligetur hoc fecisse animo adimendi: aliud est, si necessitate urgente alienaverit (§ 12 *inst. h. t.*, *L.* 11 § 12 *ff. de leg.* 3).

§ VIII.

Potestne legari res, quae in rerum natura non est? ℟. affirmative, modo futura speretur (*L.* 24 *princ. ff. de leg.* 1). Notandum quod tale legatum pro puro habeatur quoad transmissionem, sed pro conditionali quoad obligationem, et sic concilia *L.* 1 § 3 *ff. de cond. et demonstr.* cum *L.* 25 *in fin ff. quando dies leg. ced.*

§ IX.

Quid si res legata post factum testamentum aucta vel diminuta sit? Lucro, vel damno legatarii erit: exempla sunt in *L.* 24 § 2 *et* 3, *L.* 21 *et* 22 *ff. de leg.* 1, ubi de grege legato, qui ad unam ovem pervenit, dicitur quod ovis quae superest debeatur; qui enim legat gregem, legat omnia capita quae in eo grege sunt, adeoque et hanc ovem.

Obj. Si legasset usumfructum gregis, non deberetur ususfructus ovis quae superest. ℟. Aliud juris est in legato ususfructus, hic enim facile extinguitur, et testator usumfructum legans voluit, ut legatarius tantum possit uti ad eum usum, ad quem destinata erat res tempore facti testamenti: secus est in proprietate legata.

Obj. *L.* 49 *princ. ff. de leg.* 2. ℟. Periit in casu objecto substantia rei legatae, nam bos mortuus a bove vivo quoad substantiam differt; sed una ovis non differt a grege quoad substantiam, sed tantum quoad numerum; itaque non periit tunc substantia rei legatae.

§ X.

Quid si testator areae legatae demum aedificaverit? Legatario debetur et area et superficies (*L.* 39 *ff. de leg.* 2.); nam demus sequitur jus soli, et creditur testator voluisse augere legatum impensae de aedificium.

Obj. Si areae promissae impositum sit aedificium, hoc non debetur. R. Obligatio ad aream non trahit ad se obligationem ad aedificium, secus autem legatum; quia in legato dominium sine facto heredis transit in legatarium, translatu autem dominie areae, debet dici translatum esse dominium aedificii; sed stipulatio tantum parit obligationem, nec transfert dominium rei promissae; haec obligatio autem non potest extendi ad aedificium, quod non fuit promissum.

Obj. *L.* 65 § 2 *ff. de leg.* 1. R. Ibidem facto testatoris domus erat destructa; ex quo colligi potest quod testator voluerit adimere legatum.

Obj. *L.* 79 § 2 *ff. de leg.* 3. R. Varius est quod in hac quaestione dissensus fuerit inter jurisconsultos. Paulus certe in *L.* 98 § *ult. ff. de solut.* Celsi sententiam rejicit.

§ XI.

Quid si res legata vivo testatore fuerit mutata, ita ut in aliud nomen, vel in aliam speciem transierit? R. Vel generaliter legatae sunt res, quae sub genere aliquo continentur v. g. omnis lana, omne aurum etc., vel legata est aliqua species. Si prius, et postea res quaedam ex eo genere in aliam speciem fuerint translatae, illae non amplius continebuntur sub legato generaliter relicto, nam qui genus legat, tantum legat ea quae sub eo genere continentur, non ea quae in aliud genus transierunt (*L.* 6. § 1 *ff. de auro et arg. leg.*); quinimo, etsi qualitas tantum sit mutata, cujus mutatio rem transferat in diversum genus, et ex genere legato eximat, res ea non amplius sub eo legato contineebitur: v. g. si quis legaverit omnes servos alicujus officii, et postea quosdam ex his ad artificium transtulerit. Secus erit, si artifices legaverit, et postea quosdam ex his ad officium transtulerit (*L.* 65 § 1 *ff. de leg.* 3, *L.* 61 *cod. h. t.*). Ratio est quod artificium scientia constet, et animi perceptione, quod proinde non delctur in eo qui ad officium transit, cum ille semper maneat artifex; at officium non constat scientia, sed tantum in persona domini exhibetur, vel in custodia atrii, cubiculi etc., qua custodia derelicta, perit officium.

Obj. *L.* 65 § 1 *ff. de leg.* 3., ubi legatum non extinguitur, cum lecticarius cocus postea factus est; hic autem artificio fungitur (*ead. L.* 65 § 2). R. Ex ipsa *L.* 65 § 2 constat lecticarios, id est eos servos, qui lecticam domini gestabant, inter artifices habitos fuisse non minus quam coci.

§ XII.

Quod si species certa legata sit, eaque vivo testatore mutata fuerit, ita ut nova species facta fuerit, non potest negari quin in hac re fuerit dissensus inter J. C.; alii enim contendebant manere legatum, alii econtra dicebant extinctum, alii distinguebant an nova species ad pristinam posset materiam reduci, nec ne, eodem modo sicut in quaestione de acquirendo dominio, uti constat ex *L.* 44 § 2 *ff. de leg.* 1, *L.* 88 *et L.* 78 § 4 *de leg.* 3; qui textus tamen conciliari possunt hac distinctione, ut ademptum sit legatum, si mutatio contigerit facto testatoris, quia tunc praesumitur quod voluerit adimere legatum, nisi legatarius contrarium probet; prout autem mutatio erit major, vel minor, admittetur levior, vel requiretur gravior probatio; si vero sine facto testatoris mutatio contigerit, praesumendum erit voluntatem ejus non esse mutatam, adeoque durabit legatum, nisi heres contrarium probaverit.

§ XIII.

Si lana legata sit, an sub eo legato continebitur lana tincta? R. affirmative (*L.* 32 § 6 *ff. de auro et arg. leg.*); licet Ulpianus sententiam Sabini secutus contrarium scribat in *L.* 70 *princ. ff. de leg.* 3, *et in* § 12 *ejusd. L.*, cum tamen, juxta eumdem Ulpianum, sub lino legato linum tinctum contineatur (*ead. L.* 70 § 11).

§ XIV.

Si quadriga legata sit, et unus ex equis perierit, an tres superstites debentur? R. affirmative, exemplo gregis legati, qui ad unam ovem pervenit.

Obj. *L.* 65 § 1 *ff. de leg.* 1. R. Illa lex tantum accipi debet de quadriga circensi legata, ubi periit equus qui demonstrabat quadrigam, id est praestantior equus, qui dabat nomen toti quadrigae, qualis erat equus funalis sinister, qui reputabatur ut spiritus et anima totius quadrigae, adeoque eo mortuo substantia quadrigae extincta intelligebatur; ideoque nequidem quod supererat debebatur, sicuti mortuo bove qui legatus erat, neque corium, neque caro debetur (*L.* 49 *princ. de leg.* 2).

§ XV.

Quid si res legata perierit? Constat eam perire legatario, modo sine culpa et facto heredis perierit (§ 16 *inst. h. t.*); itaque aliquando res perit lucro heredis, puta si res aliena legata sine facto heredis perierit, quia tunc neque ad rem, neque ad aestimationem tenetur (*L.* 35 *ff. de leg.* 1, *L.* 36 § 3 *eod.*). Quod si facto heredis perierit, te-

Digitized by Google

netur heres, idque licet ignoraverit eam rem esse legatam (*L.* 112 § 1 *ff. de leg.* 1), ne factum ejus legatario noceat (*L.* 25 § 2 *ff. ad S. C Treb.*). Quod si culpa heredis perierit, vel post ejus moram, non est dubium quin teneatur (*L.* 47 § 5 *et* 6 *ff. de leg.* 1); et quidem juxta *d.* § 5 heres de omni culpa tenetur. Vide tamen *L.* 108 § 12 *ff. de leg.* 1.

§ XVI.

Sed quid si plures res legatae fuerint, et una ex eis perierit? Si unaquaeque res sit aeque principalis, nihilominus debetur adhuc alia, quae exstitit; si una sit principalis, et altera accessoria, et res principalis perierit, extinctum erit legatum accessorii, cum hoc sequatur conditionem principalis; si vero accessorium perierit, debetur adhuc principale: exempla sunt in *L.* 62 *et* 63 *ff de leg.* 1, *L.* 1, 2, 3, *et* 4 *ff de pecul. leg.* Itidem si fundus cum instrumento legatus sit, extincto legato fundi, extinctum erit legatum instrumenti (*L.* 1 *ff. de instr. vel instr. leg.*), aliter ac si fundus instructus esset legatus, tunc enim extincto legato fundi, adhuc deberetur instructum, quod ad instruendam personam patrisfamilias pertinet, cum hoc non sit accessio fundi (*L.* 12 § 27 *et* 28 *ff. de instr. vel instrum. leg.*). Haec ita, si interitus vivo testatore contigerit; nam si post mortem ejus contigerit, tunc quidquid superest, sive accessorium sive principale sit, debetur.

§ XVII.

An et quando valet legatum generis? *Genus* vocamus id, quod philosophi speciem vocant, et *speciem* dicimus quod philosophi vocant individuum: sic nomina hominum, animalium sunt generica, nomina vero Stichi, hujus equi, hujus bovis etc. sunt specifica. Dividitur genus in summum et subalternum: summum dicitur quod sub se plura genera continet, uti corpus, animal etc.; infimum seu subalternum quod sub se tantum plures species comprehendit, uti homo, equus, bos etc. His positis, dicimus quod non valeat legatum generis summi, hoc enim est nimis incertum, et ad rem levissimam reduci posset, v. g. si testator animal legaverit, si ejusmodi legatum subsisteret, satisfaceret heres pulicem dando, quod ridiculum esset. Quod si genus subalternum legatum sit, tunc, siquidem tale sit, ut a natura determinatos terminos habeat v. g. equus, bos, etc. legetur, valet legatum; quod si non habeat determinatos terminos, uti domus, fundus etc., tunc vel testator nullas ex eo genere res habuit, et dirisorium magis quam utile iterum erit legatum: si vero res aliquas ex eo numero habuit testator, valebit, et praestari debebit una ex his, quas testator habuit (*L.* 71 *princ. ff. de leg.* 1).

§ XVIII.

Sed cui competit electio in legato generis, item in legato alternativo? Olim distinguebatur inter legatum damnationis et vindicationis: in legato damnationis electio competebat heredi: in legato vindicationis vero competebat legatario per *L.* 43 § 1 *et* § 3 *ff. de leg.* 2, *et L.* 29 § 1 *de leg.* 3, qui textus agunt de legato damnationis, et *L.* 108 § 1, *L.* 34 § 14 *ff. de leg.* 1 agunt de legato vindicationis; ratio autem, cur in legato vindicationis electio competeret legatario, erat, quia hoc genere legati dominium sine facto heredis transibat in legatarium, eique dabatur facultas eligendi qua actione vellet uti, an actione personali, an reivindicatione (*L.* 108 § 2 *ff. de leg.* 1). Cum itaque jure novo, sublatis legatorum differentiis, in quocumque genere legati dominium transeat sine facto heredis in legatarium, semper legatarius habet facultatem eligendi qua actione uti velit; ex quo sequitur quod hodie in quocumque genere legati electio semper legatario competat, nisi testator contrarium dixerit (§ 22 *inst. h. t.*).

Obj. Testator verba dirigens ad heredem ei dedit electionem. ℟. Nequaquam, nam per hoc non ademit legatario facultatem eligendi qua actione vellet uti, neque impediit quominus dominium sine facto heredis in ipsum transiret.

Obj. Testator verba ad heredem dirigendo dat ipsi tacite facultatem eligendi. ℟. De jure novo hoc verum non est, cum intelligatur voluisse ut dominium sine ullo heredis facto in quocumque genere legati transiret in legatarium.

Obj. *L.* 32 § 1, *L.* 37 § 1, *et L.* 39 § 6 *ff. de leg.* 1. ℟. Istis casibus testator de re certa sensit, neque alternative legare voluit, adeoque noluit electionem legatario dare; cumque non constaret de qua re senserit, parcendum est heredi in hoc dubio; adeoque heredi debet electio competere.

Inst. Sed tunc heredi noluit electionem dare; ergo nec heres potest eligere. ℟. quod cum unus vel alter debeat necessario eligere, heredi tunc electio dari debet potius quam legatario; secus ac in legato generis vel alternativo, ubi legatario competit, sed hoc ita, si talis res in hereditate reperiatur, nam alias heredi competeret, cum tunc sine facto heredis dominium non transiret in legatarium, neque eligere posset qua actione velit uti.

Sed cur non vitiatur dispositio quando testator voluit legare certam rem, et non constat de qua senserit? Quia obscuritas, quae hic subest, tolli potest per electionem heredis, in cujus potestate est eam obscuritatem tollere, ob quam proinde non debet vitiari dispositio, sed potius capienda interpretatio ut valeat, quam ut pereat; neque ulla ratione heres recusare potest rem minorem, cum certum sit aliquam rem esse legatam, et sic praestan-

do rem minorem non praestabit plus quam legatario relictum est.

Obj. In casu vestro non potest probare legatarius de qua re sensit testator. ℟. Sufficienter probat, dum probat aliquam rem sibi legatam esse.

Inst. Non potest designare eam rem, et sic eam vindicare non potest. ℟. Non dicimus quod possit vindicare, sed tantum quod unam rem possit petere, electione reservata heredi.

Obj. arg. *L.* 30 *ff. de testam. tut.* ℟. Disparitas est quod in casu objecto obscuritas dispositionis nullatenus tolli possit; secus ac in casu nostro.

Inst. In casu objecto non potest tolli obscuritas dispositionis; ergo nec in casu vestro. ℟. Disparitas est, quod in casu nostro obscuritas tolli possit per electionem heredis, non item in datione tutoris, nam vel pupillus eligeret, vel heres: pupillus certe non potest eligere tutorem, sed nec heres, non enim tutor ab herede relinquitur, secus ac legatum.

Obj. arg. *L.* 10 *ff. de reb. dub.* ℟. Disparitas est quod in casu objecto incertitudo tolli non possit, cum nullus possit probare se legatarium, adeoque nullus potest agere adversus heredem; at in casu nostro certum est quis agere possit: verum quidem est quod incertum sit quae res legata sit, sed haec incertitudo tolli potest electione heredis.

Inst. In casu objecto heres non debet eligere cui velit solvere; ergo nec in casu vestro quid volit solvere. ℟. Disparitas est, quod in casu objecto nullus sit qui agere possit, neque debet heres, aut cogi potest ut unum alteri praeferat, aut unicuique partem solvat; sed in casu nostro aliquis est qui agere potest, neque incertitudo versatur circa personam, sed tantum circa rem legatam, quam heres sua electione tollere potest.

Obj. arg. *L.* 34 *ff. ad S. C. Treb.* ℟. Disparitas est, quod in casu objecto non constet quae pars sit restituenda, nisi probetur quis ultimus decesserit; at in casu nostro constat unam ex his rebus legatam esse.

Inst. In casu objecto etiam constat partem illius, vel illius hereditatis esse restituendam. ℟. Sed nisi probetur quis fuerit ultimo mortuus, non constabit quae pars hereditatis fideicommisso gravata sit; at in casu nostro constat quae hereditas legato sit gravata.

Obj. Ergo legatarius potest eligere (arg. *L.* 22 *ff. de legat.* 1). ℟. In *L.* 20 non sensit de certo servo, dum unum ex duobus legavit, id est alternative, quo casu electionem legatario dare voluit; secus dum rem certam legare voluit.

Obj. Falsum est quod debeamus in obscuris sequi id quod minimum est (arg. *L.* 31 *ff. de aur. et arg. leg.*). ℟. Mirum non est quod ibidem debeatur lanx media; ea enim, si non appareat quod de alia lance senserit testator, secundum proprietatem verborum est legata.

Obj. arg. *L.* 43 *princ. ff. de leg.* 2. ℟. Mirum non est quod ibidem legatarius debeat habere quantum omnes heredes, cum ex propria significatione verbi nomen *heres* significet omnes heredes; quod si dictum esset quantum unus heres habebit, minor pars esset legata (*ead. L.* 43 § 1).

§ XIX.

Quomodo electio debet institui in legato generico? Civiliter, ita ut si heredi competat, non possit eligere pessimum; si legatario, non possit eligere optimum (*L.* 37 *princ. ff. de leg.* 1). Deinde ut, si testator aliquas res ex isto genere habuit, obligatur una ex his rebus, quos testator reliquit (arg. *L.* 3 *princ. ff. de trit. vin. vel oleo leg.*).

Electione semel facta, an ex poenitentia mutari potest? Si legatario competat, negative, ob rationem *L.* 20 *ff. de opt. vel elect. leg.*, nisi vel ante aditam hereditatem legatarius elegisset (*L.* 16 *eod.*); vel elegisset non exhibitis rebus, ex quibus eligere potuisset (*L.* 4 *eod.*); aut elegisset rem alienam, vel talem, quae non est in commercio (*L.* 2 § 2 *eod*). Quod si electio competat heredi, videndum puto quibus verbis testator electionem ei reservaverit, an per verba *quod volet*, an per verba *quod voluerit*: si per verba *quod heres voluerit*, tunc heres, qui semel elegit, amplius variare non potest; secus dum dixit testator *quod heres volet* (arg. *L.* 112 *ff. de verb. oblig.*): ratio est, quod verbum *voluerit* aliquid praeteriti temporis admixtum habeat, ita ut inducatur obligatio circa id, *quod heres* in praeteritum voluit, sed verbum *volet* est mere futuri temporis; itaque cum in infinitum possit velle, nulla induci potest obligatio circa id quod semel voluit, cum id quod voluit praeterierit.

Obj. *L.* 84 § 9 *ff. de leg.* 1, *et L.* 11 § 1 *ff. de leg.* 2. ℟. Verum est quod jure veteri, dum alternative per damnationem *illud, aut illud, utrum heres volet*, legatum erat, heres qui semel elegerat amplius variare non poterat; at aliud est de jure novo. Ratio autem differentiae inter jus vetus et novum est, quod jure veteri in legato damnationis electio semper competeret heredi, licet testator hoc non expressisset; jure autem novo competit legatario, nisi testator eam heredi dederit. Itaque jure veteri, dum in legato damnationis eam expresse reservaverat heredi, censebatur hoc fecisse ut induceretur obligatio in id, quod semel voluit heres, alioquin inutiliter fuisset reservata expresse (arg. *L.* 138 § *ult. ff. de verb. obl.*); at jure novo cum etiam in legato damnationis electio legatario competat, eam non inutiliter reservat heredi, non magis quam creditor qui sibi electionem reservat; adeoque videndum quibus verbis electio fuerit reservata (arg. *d. L.* 112 *pr. de verb obl*).

Digitized by Google

§ XX

Quid si testator legaverit filiae nasciturae hoc modo, *si qua filia mihi genitur*, et plures natae fuerint? Si certum corpus legaverit, omnes ad hoc legatum concurrent: quod si quantitatem legaverit v. g. decem, videtur singulis decem legasse (*L.* 17 § 1 *de leg.* 1); etenim testator omnes nascituras aequali affectu dilexit, omnes enim aequali vinculo testatori sunt conjunctae, ita ut plenius intelligatur filiabus prospexisse, et singulis tantumdem legasse: accedit quod haec verba *si qua filia mihi genitur* faciant distribui subjectum, perinde ac si dixisset *quaecumque filia mihi genitur habebit decem*, quo casu nullum esset dubium, quin quaelibet deberet habere decem.

Obj. Testator in casu vestro usus est nomine singulari. ℟. Sed usus est nomine, quod cuilibet filiae competit, adeoque omnibus legavit (arg. *L.* 16 § 1 *ff. de testam. tut.*).

Obj. arg. *L.* 30 *ff. de test. tut.* ℟. Disparitas est quod in casu objecto unum tantum voluerit dare tutorem; sed in casu nostro ejus affectus est talis, ut singulis legare voluerit.

Inst. Non cogitavit eventurum, ut plures nascerentur. ℟. Sed sufficit quod voluerit prospicere filiae nasciturae; quaelibet autem est filia posthuma testatoris.

Obj. argumentum *L.* 10 *ff. de reb. dub.* ℟. Clarum est, quod in casu objecto uni tantum legare voluerit, non pluribus; at in casu nostro cuicumque filiae nasciturae legare voluit.

Obj. Decem semel tantum debentur, argumento corporis legati. ℟. Sed corpus multiplicationem non admittit, secus ac quantitas.

Inst. Non dixit ut singulis dentur decem, et in obscuris debemus sequi quod minimum est (*L.* 9 *de reg. jur.*) ℟. Nisi benigna interpretatio aliud suadeat, prout suadet in casu nostro.

Obj. *L.* 17 § 1 *ff de leg.* 2. ℟. Illic uni tantum ex libertis legavit, ei scilicet quem heres elegisset; cum ergo heres non elegerit, dicitur quod legatum omnibus debeatur; at in casu nostro non poterat heres eligere, cui ex nascituris deberet decem, sed distributive gravatus erat dare decem cuique filiae, que nasceretur.

Obj. Si Titio et posthumo decem legata sint, et plures posthumi nascantur, omnes ad idem legatum concurrent (*L.* 17 *ff. de reb. dub*). ℟. Quia tali casu Titio et posthumo conjunctim decem sunt legata, quo casu legatum debet inter ipsos pro numero personarum dividi; at in casu nostro non conjunctiva, sed distributiva oratione testator legavit.

§ XXI.

An servo heredis legari possit, et an herede instituto servo ejus domino legari possit? ℟. Servo heredis pure inutiliter legatur, quia domino adeoque heredi legari hoc intelligitur, et ita, licet vivo testatore manumissus sit, legatum manet inutile (§ 32 *inst. h. t.*); at servo herede instituto, recte etiam pure ejus domino legatur (§ 33 *inst. h. t.*); non enim dominus statim per servum fit heres, potestque fieri ut servus manumittatur, antequam jussu domini adeat hereditatem; et sic utiliter cessit dies legati, qui in priori casu inutiliter cessit.

§ XXII.

Quid juris, si pluribus eadem res legata sit, an singulis solida res, an omnibus pro parte debetur? Prius videndum quid jure veteri obtinuerit: eo jure, si pluribus eadem res per damnationem esset legata, siquidem conjunctim, id est unica oratione, unicuique pars intelligebatur legata, ita ut partes ab initio intelligerentur factae, adeoque juri accrescendi locus non erat (*Ulp in Fragm. tit.* 24 § 13), et de hoc damnationis legato conjunctim partibus relicto accipiendi sunt textus in *L.* 16 *princ.*, *L.* 34 § 9, *L.* 84 § 8 *de leg.* 1, *L.* 7 *et L. ult.* § 2 *ff. de leg.* 2. Si vero disjunctim pluribus eadem res per damnationem esset relicta, unicuique totum legatum debebatur, ita ut unus rem, alter aestimationem ejus consequeretur; adeoque in legato damnationis nunquam erat locus juri accrescendi (*Gaji Inst. lib.* 2 *tit.* 5 § 6, *Ulp. Fragm. tit.* 24 § 13). Si vero eadem res pluribus per vindicationem esset legata, nunquam intelligebantur partes ab initio factae, sed tantum per concursum fieri, adeoque solida res ab initio debebatur, sic ut per concursum inter omnes esset dividenda, et consequenter pars deficientis alteri accrescebat (*Ulp. Fragm. tit.* 24 § 12). Ratio autem cur in legato damnationis pluribus conjunctim relicto partes ab initio fierent, disjunctim autem si esset relictum, unus rem, alter aestimationem consequeretur, ea erat, quod is qui conjunctim legat, semel tantum leget, adeoque unicuique tantum partem leget (argumento *L* 56 *ff. de verb. oblig.*, *L.* 11 § 1 *ff. de duob. reis*); at qui disjunctim legat, saepius eamdem rem legat, et saepius heredem suum obligat datione ejusdem, et sicuti saepius in solidum obligatur qui diversis eamdem rem separatim promisit, ita et heres, a quo eadem res separatim per damnationem pluribus erat legata.

Cur ergo in legato pluribus conjunctim relicto per vindicationem, partes non fiebant ab initio, sed tantum per concursum, ita ut juri accrescendi esset locus? Quia in legato vindicationis non hoc agebat testator, ut heredem suum obligaret, sed ut dominium in legatarios sine ullo facto heredis transiret; verum quidem est, quod impossibile sit ut dominium in solidum in unumquemque transferatur; sed quando postea unus deficit, cum

perinde tunc habeatur ac si deficiens nunquam fuisset legatarius, intelligitur quod statim ab aditione hereditatis dominium in alterum in solidum fuerit translatum; pars enim repudiata fingitur potestate legis nunquam ab alia parte fuisse separata.

Quod si disjunctim eadem res pluribus per vindicationem esset legata, rursus non ab initio, sed per concursum partes fiebant, ita ut inter concurrentes esset dividenda, secus ac in legato damnationis disjunctim relicto. Ratio differentiae erat, quod in legato damnationis heres tantum obligabatur, poterat autem pluribus in solidum obligari; at in legato vindicationis dominium debebat transire in legatarios; ejusdem autem rei in solidum dominium transire non potest in plures.

Quid jam jure novo obtinet? Eo jure sublatae sunt differentiae inter legata damnationis et vindicationis (*L.* 1 *cod. comm. de legatis etc.*); voluitque Justinianus postea in *L. unic.* § 11 *cod.de cad. toll.*, ut quocumque modo eadem res pluribus esset legata, sive conjunctim, sive disjunctim, nunquam quisque possit consequi totum quando alter concurrit, sed ut semper per concursum inter ipsos fierent partes, utque portio deficientis accresceret caeteris; quia tunc concursus ejus cessat, et unicuique ab initio res in solidum legata est; sed hoc ita, nisi, ut ait imperator, testator expresse disposuerit, ut unus rem, alter aestimationem haberet.

§ XXIII.

Quaenam ergo requiruntur, ut locus sit juri accrescendi? Necesse est ut eadem res pluribus legata sit; itaque si alia res uni, alia alteri legata sit, juri accrescendi locus non erit: exemplum est in *L.* 84 § 12 *ff. de leg.* 1. Si enim singulis diversae res legatae sint, non possunt dici in idem legatum concurrere; hinc etiam sequitur, quod si disjunctim legata sit quantitas v. g. Titio 10, et Maevio 10, quod juri accrescendi non sit locus, non enim eadem 10 legata sunt Titio quae Maevio, sed alia 10 uni alia 10 alteri, nisi adjecisset testator se eadem 10 Maevio legare. Quod si conjunctim Titio et Maevio 10 legaverit, cum tunc una 10 communiter legata sint, juri accrescendi locus erit, aliter ac si dixisset testator se Titio et Maevio dena legare; nam haec vox *dena* significat decem toties multiplicata, quot sunt personae ad quas refertur (*L.* 30 *princ. ff. de leg.* 3). Sequitur etiam quod si testator primo adimere voluerit, et in secundum transferre quod primo legaverat, conjunctio, adeoque et jus accrescendi cesset inter primum et secundum: exemplum est in *L.* 5 *ff. de adim. leg.*; sed haec translatio tantum praesumitur ex repetitione nominis primi legatarii, alias enim praesumeretur legatariorum conjunctio. Nec obstat *L.* 15 *ff. de hered inst.*; cum enim ibidem dixerit testator, se velle ut Sampronius esset heres ex eadem parte, ex qua Titium heredem instituit, evidens est esse conjunctionem, et non ademptionem, sicuti foret conjunctio, si res quae Titio pro parte fuit legata, pro eadem parte legaretur postea Maevio, vel si diceret se etiam Maevio legare id quod Titio legaverat.

§ XXIV.

Quid jam dicendum, si testator ita legavit, *Titio* 10 *lego*, *hoc amplius quam Titio legavi heres meus dato Sejo* 10? Titius et Sejus non erunt conjuncti, sed quilibet habebit sua 10 (*L.* 108 § 7 *ff. de leg.* 1), aliter ac si ita legasset, *heres meus fundum dato Titio*, *Sejo hoc amplius* 10; nam hoc casu quoad legatum fundi Titius et Maevius concurrerent, et Sejus praeter 10 consequeretur partem fundi (*L.* 13 *ff. de leg.* 3). Ratio differentiae est, quod in primo casu verba *hoc amplius* respiciant ipsum legatum tantum, et non personas legatariorum, ita ut tantum hoc significent, quod testator, praeter legatum relictum Titio, velit ut aliud solvatur Sejo, sed nullo modo voluit id quod Titio legaverat legare Sejo. At in secundo casu verba *hoc amplius* spectant personas legatariorum, eosque conjungunt, ita ut sensus sit quod, praeter fundum quem legaverat Titio, Sejo adhuc leget 10, adeoque quod eumdem fundum Sejo leget.

Obj. In secundo casu verba *hoc amplius* spectant legatarios; ergo et in primo. ℟. Disparitas est quod in secundo casu non agatur de quantitate utrobique, sed primo legaverat Titio fundum, tum addidit *Sejo hoc amplius* 10; quae verba *hoc amplius* habent vim repetendi superiora (*L.* 54 *ff. de leg.* 3), ita ut dent hunc sensum, quod testator Sejo leget non tantum fundum quem Titio legavit, sed adhuc 10, et sic utrumque in legato fundi conjunxit. At in primo casu utrobique legata est quantitas, quo casu verba *hoc amplius* non habent vim conjungendi legatarios, sed tantum habere possunt hunc sensum, quod testator gravet heredem, non tantum ut praestet legatum Titio relictum, sed etiam ut aliud legatum solvat Sejo; alias enim ineptus esset sensus et omnino inusitatus, sensus enim esset quod testator legaret Sejo 10, quae Titio legaverat, et hoc amplius 10: inusitatum autem est sic loqui, Sejo lego, et hoc amplius 10, nam tunc simul et semel diceremus Sejo 20 legamus. At aliud est in secundo casu, ubi primo species, deinde quantitas legatur, cum usitatum sit sic loqui, Sejo fundum lego et hoc amplius decem: sic etiam dum dicimus, Titius accepit fundum, Sejus hoc amplius 10, sensus est, quod etiam Sejus acceperit fundum (*L.* 54 *ff. de leg.* 3).

Obj. Secundum vos in specie *L.* 108 § 7 *ff. de leg.* 1 nil plus legatum esset Sejo quam Titio; debet autem plus dici legatum esse, nam verba *hoc amplius* significant *plus*. ℟. Qui sic legat dicit quidem se plus legare, sed non dicit se plus

Sejo legare, tantum dicit se non tantum legare id quod Titio legavit, sed alia 10 leget Sejo.

Undenam habes quod in *dicta L.* 108 agatur de quantitate utrobique relicta? Ex ratione, quae additur his verbis *nam et usitatum* etc., ubi certo agitur de quantitate utrobique relicta.

§ XXV.

Plures illi, quibus eadem res ab eodem legata est, quomodo solent vocari? Vocantur illi *conjuncti*: hi autem dividuntur in tres species: alii sunt re et verbis conjuncti, v. g. *Titio et Maevio fundum talem lego*; alii sunt re tantum conjuncti (qui in usu juris vocari solent disjuncti), v. g. *Titio talem fundum lego*, *Maevio eundem fundum lego*: alii dici solent *verbis tantum conjuncti*, v. g. *Titio et Maevio* talem fundum aequis partibus lego (*L.* 89 *ff. de leg.* 3).

Quid juris jam obtinet in conjunctis? Unicuique totum legatum est; sed cum impossibile sit ut quisque dominium totum consequatur, si omnes concurrant, dividitur inter ipsos legatum: sic tamen, ut si conjuncti et disjuncti inter se permixti sint, unus ex disjunctis tantum capiat, quantum plures conjuncti simul, etenim plures conjuncti pro una persona habentur (*L.* 34 *princ. de leg.* 1.). Quod si unus ex legatariis conjunctis deficiat, portio deficientis accrescit caeteris, sic ut si unus ex conjunctis deficiet, ejus portio accrescat soli conjuncto volenti et cum onere; si unus ex disjunctis deficiat, portio ejus accrescit omnibus caeteris invitis et sine onere (*L. un.* § 11 *cod. de cad. toll.*); et hoc est quod dicitur in *L.* 89 *ff. de leg.* 3, quod in jure accrescendi conjunctus praeferatur disjuncto. Idem quoque inter heredes obtinet (*L.* 63 *ff. de haered. inst.*), idque in tantum obtinet, ut si conjuncti inter se fuerint permixti, puta si verbis conjuncti mixti sint eum aliis collectivo sermone conjunctis, v. g si dixerit testator *Titio et filiis fratris hunc fundum lego*, *eundem fundum lego Maevio*, et unus ex filiis fratris deficiat, ejus portio, neque Titio, neque Maevio, sed caeteris fratribus accrescet (arg. *L.* 17 *de usufr. accres.*); licet enim Titius cum filiis fratris sit conjunctus, ipsi tamen filii fratris sunt inter se magis conjuncti.

Obj. *L.* 17 § 1 *ff. de hered. inst.*, ubi quidam conjunctim sine partibus sunt instituti, et si unus ex his deficiat, alter non praefertur iis, qui ex partibus instituti sunt. ℟. Ii qui sine partibus sunt instituti, dum reperiuntur alii ex partibus instituti, quantum ad jus accrescendi non sunt conjuncti ut praeferantur caeteris, sed potestate juris ad residuam partem veniunt, cum verbis testatoris non sint sicuti caeteri in certam partem vocati.

Obj. *L.* 66 *ff. de hered. inst.* ℟. In casu objecto testator non habuit animum conjungendi Cajum et Maevium, sed celeritatis causa sic locutus esse creditur, ut ibidem dicitur: illud autem ex eo colligitur, quod adjecerit verba *aequis ex partibus*, quae ad omnes spectant, et efficiunt ut videatur singulis trientem reliquisse.

Obj. *L.* 41 *princ. ff. de leg.* 2. ℟. In casu objecto Maevius et Sejus non sunt inter se verbis conjuncti, sed omnes tantum re conjuncti sunt, adeoque nullus quoad jus accrescendi praefertur alteri: quod autem omnes re tantum sint conjuncti, ex eo patet, quod J. C. dicat separatim, et partes fundi, et totum fundum esse legatum.

Quare pars conjuncti deficientis accrescit conjuncto volenti et cum onere, pars autem disjuncti deficientis caeteris invitis et sine onere? ℟. Quia conjunctus partem conjuncti deficientis non tam ex propria, quam ex deficientis persona capit, et sic eodem jure potest, et debet uti, quo deficiens uti debebat: disjunctus autem non tam alienam quam suam non diminutam capit, ita ut pars deficientis non tam ei accrescat, quam potius non decrescat; unde nec onus deficientis agnoscere debet, cum supponatur quod jam legatum acquisiverit, et eum unius ejusdem legati partem agnoscere, partem repudiare non possit, sequitur quod ea pars etiam ipsi invito accrescere debeat.

Obj. Cuique ex conjunctis non minus ab initio solidum legatum est, quam cuique ex disjunctis. ℟. Sed disjunctis aperte ab initio solidum legatum est: conjunctis autem, licet singulis solidum legatum intelligatur, hoc tacite tantum, non palam; et inde est, quod etiam jure veteri in legato damnationis pluribus conjunctim relicto, ab initio partes intelligerentur factae, etenim qui conjunctim legat, omnibus simul et tantum semel legat, qui disjunctim, toties legat, quot sunt personae quibus legat.

Pro qua parte accrescit portio deficiens, si plures sint quibus accrescat. ℟. Pro portione legati unicuique accrescit (*L.* 59 § 3 *ff. de hered. instit.*, *L* 41 *princ. ff. de leg.* 2).

Obj. *L. unica* § 11 *ff. de caduc. toll.*, ubi dicitur *pro virili portione*. ℟. Pro virili portione, si viriles portiones habeant in legato, alias pro rata partis, quam in legato habent; nam nomine *virilis portionis* etiam intelligitur tota portio: eodem modo *virilis portio* accipitur in eadem *L.* § 8.

§ XXVI.

Quaenam est differentia inter jus accrescendi in hereditatibus et in legatis? In hereditate jus accrescendi obtinet, non tantum ex verosimili voluntate testatoris, sed etiam ex necessitate juris, quae non patitur ut quis partim testatus, partim intestatus decedat: in legatis tantum ex voluntate testatoris habet locum. Ex quo sequitur primo, quod testator jus illud inter heredes prohibere non possit, secus ac inter legatarios; secundo, cohaeredi site conjunc-

to sive disjuncto pars deficiens etiam invito accrescit, legatario conjuncto tantum volenti; tertio, heredi sive conjuncto sive disjuncto accrescit semper cum onere, legatario disjuncto sine onere: ratio est, quia hereditas necessario secum trahit onera, quae ab ea separari non possunt, secus ac legatum, ratione cujus tantum agnoscenda sunt onera, quae agnosci voluit testator; quarto, pars hereditatis accrescit coheredi etiam re disjuncto, in legato antem tantum legatario re conjuncto.

§ XXVII.

An jus accrescendi locum habet inter verbis tantum conjunctos, ut vocant, puta si dixerit testator *Titio et Maevio fundum lego aequis partibus*? ℟. Affirmativa magis placet; etenim hi etiam re sunt conjuncti, sive ad eamdem rem vocati, ita ut cuilibet eorum ea res in solidum sit legata, qui enim sic legat, eumdem fundum unicuique legat, et idem est ac si diceret *Titio fundum lego, Maevio eumdem fundum lego, et volo ut partes aequales occipiant;* ita ut testator exprimendo partes, tantum expresserit id quod tacite inerat, neque ab initio, sed tantum in casum concursus partes dedit. Probatur etiam ex *L.* 16 § *ult. ff. de leg.* 1, quae docet quod si Titio et posthumo legatum sit, et posthumus non nascatur, Titius sit habiturus totum, adeoque quod pars posthumi ipsi accrescat, idque etsi testator viriles partes expressisset; adeoque si ita legaverit *Titio et posthumo totum fundum aequis ex partibus lego*, jus accrescendi locum habebit, ut ibidem dicitur. Probatur etiam ex *L.* 89 *ff. de leg.* 3, ubi dicitur quod verbis tantum conjunctus praeferatur disjuncto in jure accrescendi: hoc autem fieri nequit, nisi inter verbis tantum conjunctos illud locum habeat.

Obj. Jus accrescendi non potest locum habere, nisi inter plures re conjunctos. ℟. Verbis tantum qui conjuncti dicuntur, etiam sunt re conjuncti.

Inst. Verbis tantum conjuncti dicuntur verbis, non re conjuncti. ℟. Non quia a parte rei tales sunt, sed quia in comperationem eorum, qui *re et verbis* sunt conjuncti, tales esse videntur.

Inst. Testator ipsis assignavit partes, quae inter se sunt diversae. ℟. Testator non dedit partes ab initio, sed tantum in casum concursus, quae partes tacite subintelligebantur, licet non fuissent expressae, et sic expressae non plus operantur, quam si fuissent subintellectae.

Obj. Si ita dixisset, *Titio et Maevio unicuique semissem talis fundi lego*, jus accrescendi non obtineret. ℟. Quia nulli dedit totum, sed ab initio unicuique partem; at in casu nostro dum dixit *Titio et Maevio lego talem fundum aequis partibus*, ab initio unicuique dedit totum.

Inst. Tunc illa expressio partium esset inutilis. ℟. Erit ex superabundanti expressa, et explicationis gratia, uti saepe testatores exprimunt ea quae tacite insunt (*L.* 69 *ff. de hered. instit.*).

Obj. Verbis tantum conjuncti habent partes ab initio, nam in *L.* 89 *ff. de leg.* 3 dicitur quod semper partes habeant. ℟. Verbum *semper* in *L. obj.* significat, quod in omni genere conjunctionis conjuncti partes habeant, scilicet non ab initio, sed in casum concursus, cum evidenter decidat J. C., quod inter verbis tantum conjunctos jus accrescendi salvum sit.

Obj. *L.* 11 *ff. de usufr. accresc.* ℟. Verba illa *non minus quam si aequis portionibus* accipienda sunt non de aequis portionibus ipsius rei, sed de aequis portionibus heredum; etenim in ea lege fructuarii non sunt conjuncti, sed expresse dicentur esse separati, et quidem dupliciter: primo, cum a diversis heredibus ejusdem rei fructus legatur sine mentione partium, quod J. C. docet his verbis, *cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legetur, fructuarii separati videntur;* secundo, hoc docet, quod illi non sint minus separati, quam dum e diversis heredibus ejusdem rei fructus legatur, et in separatione, partium mentio facta fuit, quod demonstrat his verbis, *non minus quam si aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset.* Quod autem talis sit sensus, constat ex *L.* 12 *eodem*, quae subjecta est ad explicandam *L.* 11.

§ XXVIII.

Quaenam differentia inter jus accrescendi in usufructu et in proprietate? Primo, ususfructus etiam constitutus, et postea amissus, admittit jus accrescendi: proprietas semel acquisita non amplius admittit jus accrescendi (*L.* 1 § 3 *ff. de usufr accresc.*). Ratio ibidem redditur, quia proprietas semel tantum constituitur et acquiritur, nempe eo tempore quo vindicatur, et acquisita ad heredes transit; at ususfructus, cum in quotidiana fructuum perceptione consistat, quotidie constituitur, neque ad heredes acquirentis transit. Altera differentia indicatur in *L.* 33 § 1 *ff. de usufructu, et in L.* 10 *ff. de usufr. accresc.*, scilicet quod in proprietate portio velut alluvio portioni, ususfructus autem personae accrescat; itaque si unus ex duobus collegatariis usumfructum a possessore vindicet pro sua parte, et in lite succumbat, et postea ejus collegatarius deficiat, et partem deficientem vindicet, exceptio rei judicatae ipsi non obstabit, quae tamen obstaret, si de proprietate litigasset, et partem accrescentem petere vellet. Ratio est, quod ususfructus affectionem personalem habeat, cum ait jus personale, et ideo personae accrescit; sed in proprietate, cum sit ipsa res, ea rei accrescit.

Obj. Ideo in proprietate repellitur exceptione rei judicatae, quia judicatum est ipsum non esse legatarium; atqui in usufructu etiam judicatum

est ipsum non esse legatarium. ℟. Non est judicatum ipsum non esse legatarium, tunc enim in perpetuum obstaret exceptio rei judicatae, non minus quam in proprietate; sed in prima petitione ususfructus potuit aliquid obstare, quod non obstat in secunda: puta quod per minimam capitis diminutionem (prout jure veteri amittebatur ususfructus) partem suam amisisset, quo casu non amittebat jus accrescendi, adeoque non obstante tali sententia partem accrescentem vindicare poterat.

Alia differentia videtur posse colligi ex *L.* 1 § 1 *ff. de usufr. accresc.* Scilicet quod, si servo communi ususfructus legatus sit, et utrique domino acquisitus, inter dominos sit jus accrescendi, quia persona servi inspecta, domini per servum sunt inter se conjuncti; at in proprietate communi servo relicta, inter dominos jus accrescendi non est (*L.* 20 *ff. de leg.* 2).

§ XXIX.

Si plures sint heredes, pro qua parte debent legata solvere, an pro parte virili, an pro hereditaria, an singuli in solidum? Distinguendum, aut a quibusdam, aut ab omnibus, aut a singulis heredibus testator legavit: si a singulis, suis quisque legatariis tenetur in solidum; si ab omnibus heredibus legaverit, tunc vel expressit nomina propria heredum, vel non expressis propriis nominibus legavit sub appellatione heredum, v. g. *heredes mei danto;* vel propriis nominibus expressis adjunxit appellationem heredum, v. g. *Titius et Maevius heredes mei danto*, vel sic, *heredes mei Titius et Maevius danto*: si tantum nomina propria expressit, viriles partes debebunt heredes, quia personarum enumeratio habet vim eas exaequandi (*L.* 124 *de leg.* 1). Quod si ab omnibus legaverit sub appellatione heredum tantum, tunc heredes pro partibus hereditariis debent solvere legata (*d. L.*) Quod si propriis nominibus expressis testator junxerit appellationem heredum, tunc, vel propria nomina praetulit expressioni heredum, et hoc casu viriles partes debebunt, quia appellatio haeredum, quae subjicitur, est vice demonstrationis, adeoque abundat: vel praetulit appellationem heredum expressioni nominum, et hoc casu partes hereditarias debebunt, tunc enim, ut heredes adeoque pro hereditariis partibus obligantur, et expressio nominum est vice demonstrationis (*L.* 37 *ff. de stip. serv.*). Quod si a quibusdam tantum, et non ab omnibus legaverit heredibus, tunc non viriles, sed hereditarias partes debebunt (*L.* 17 *ff. de duobus reis*).

Obj. Quando nominibus expressis ab omnibus heredibus legatur, debebunt partes viriles. ℟. Disparitas est, quod dum ab omnibus legatur, expressio nominum vim habeat eos exaequandi in praestatione legati; sed quando a quibusdam tantum et non ab omnibus legatur, expressio nominum facta non est ut exaequentur in praestatione legati, sed ut distinguerentur a caeteris, quos testator gravare noluit (*L.* 22 § 1 *ff de statu lib.*).

Obj. *L.* 54 § 3 *ff. de leg.* 1. ℟. Legendum hoc modo: *si personae heredum nominatae sint in legando, partes viriles heredes debeant, si vero omnes, hereditarias*; alias ille textus evidenter pugnaret cum caeteris textibus, et cum ratione juris.

Haec ita se habent, quando conjunctim, vel ab omnibus, vel a quibusdam legatur, quo casu, cum quilibet heredum gravatorum tantum debeat partem rei legatae, inopia unius non gravat alios (*L.* 33 *ff. de leg.* 2). Quod si disjunctim a pluribus heredibus legetur, ut ille, vel ille daret, tunc illi heredes erunt duo rei debendi, et liberum erit legatario totum petere a quocumque velit (*L.* 8 § 1 *ff. de leg.* 1, *L.* 9 *princ. de duobus reis*), ubi legendum *Titius aut Maevius*, uti apparet ex verbo *dato*.

Quid ergo si testator ab initio legaverit ab omnibus heredibus, non expressis eorum nominibus, et postea adjecerit, ne unus ex heredibus daret, an caeteri partes tantum, an solidum debebunt? Verius est caeteros solidum debere (*L.* 104 *princ. ff. de leg.* 1); testator enim unum ex heredibus eximens praestatione legati non diminuit legatum, quod ab omnibus heredibus reliquerat, sed vult ut caetori illud praestent, cum caeteri veniant sub appellatione heredum.

Obj. Testator unumquemque tantum gravavit pro parte. ℟. Gravavit heredes conjunctim in solidum, et postea adjiciendo se velle ne unus ex illis praestaret, perinde est, ac si ab initio caeteros conjunctim in solidum gravasset, adeoque debent illi solidum praestare.

Obj. Si legatarius unum ex illis liberasset, caeteri tantum deberent partes, nec per hoc gravarentur. ℟. Legatarius non potest caeteros gravare, sed bene testator.

§ XXX.

Quaeritur a quo tempore dominium legati transeat in legatarium, an statim a morte testatoris, an vero tantum ab aditione hereditatis? Dicendum quod tantum transeat ab aditione hereditatis: probatur ex definitione legati, est enim delibatio hereditatis; ergo fuit hereditas, alias enim ab ea delibari non potuisset; atqui hereditas tantum incipit esse a morte testatoris; ergo ab eo momento dominium non fuit penes legatarium. Probatur etiam ex *L.* 44 § 1, *L.* 69 *princ.*, *L.* 86 § 2 *ff. de leg* 1, *L.* 80 *ff. de leg.* 2, *L.* 7 § 5 *ff. de dol. malo.* Probatur etiam ex *L.* 13 § *ult.*, et *L.* 15 *princ. ff. ad L. Aquil.*, scilicet

Digitized by Google

actio legis Aquiliae competit hero, sive domino (*L.* 11 § 6 *eod.*): proponitur jam quod servus legatus sit occisus, et quaeritur cui actio legis Aquiliae competat: distinguit J.C., si post aditam hereditatem sit occisus, et non repudiaverit legatum, dicit eam legatario competere; si ante aditam hereditatem sit occisus, dicit quod apud heredem remaneat legis Aquiliae actio per hereditatem ei acquisitam; ergo hereditati tamquam dominae acquiritur haec actio; quinimo plus exinde didicimus, nempe quod tali casu actio legis Aquiliae ita hereditati, et per hereditatem heredi acquiratur, ut heres nequidem teneatur hanc actionem cedere legatario: cujus ratio est quod per talem interitum sine culpa heredis contingentem legatum penitus extinguatur, ut legatarius nunquam intelligatur fuisse legatarius; ergo haec actio ipsi non est cedenda, si enim deberet cedi, deberet ipsi qua legatario cedi.

Obj. Dominium rei legatae recta via transit in legatarium. ℟. Recta via et sine ullo facto heredis, non a morte testatoris, sed tantum ab aditione hereditatis, ita ut medio tempore inter mortem testatoris, et aditionem hereditatis intelligatur penes hereditatem dominium rei legatae fuisse, ut expresse ait *L* 80 *ff. de leg.* 2.

Inst. Tempus aditae hereditatis conjungitur cum tempore mortis (*L.* 138, *et* 193 *ff. de reg. jur*). ℟. Haec tempora conjunguntur quoad acquisitionem hereditatis, sed non quoad acquisitionem dominii rei legatae; etenim quoad prius debent ex necessitate juris conjungi, ne defunctus pro aliquo tempore testatus, pro alio intestatus decessisse intelligatur; sed nulla talis necessitas quoad acquisitionem legati.

Inst. Qui repudiat legatum, retro intelligitur a tempore mortis non fuisse legatarius; ergo qui non repudiavit videtur fuisse legatarius a tempore mortis. ℟. Qui repudiavit nunquam videtur fuisse legatarius; sed exinde non sequitur, quod is qui non repudiavit semper videatur fuisse legatarius.

Inst. Dies legati cedit a morte testatoris. ℟. Ad effectum transmissionis concedimus; ad effectum ut statim acquirat dominium negamus.

Obj. *L.* 17 § 1 *ff. ad leg. Aquil.* ℟. Ille § est supposititius, et deest in Pandectis Florentinis: quod si eum retineamus, dici debet quod agatur de servo post aditam hereditatem occiso, ut conveniat cum *L.* 15 *princ. eodem.*

Obj. *L.* 34 *et* 35 *ff. ad leg. Aquil.* ℟. *L* 34 agit de servo post aditam hereditatem occiso, nam ante aditam hereditatem vindicari non potest; et quod in *L.* 35 dicitur retro adcrevisse dominium, id est retro a tempore aditae hereditatis.

Obj. *L.* 64 *ff. de furt.* ℟. quod ibidem dicitur dominium recta via transire, hoc debet accipi a momento aditae hereditatis, et non a momento mortis testatoris.

Inst. Dicitur ibi, quod dominium recta via ab eo qui legavit transeat in legatarium. ℟. Id est dominium, quod nunquam fuit heredis, a defuncto sive ab hereditate quae defunctum repraesentabat in legatarium transit; etenim J. C. in lege objecta tantum vult ostendere, quod heredi adversus legatarium actio furti competat, quando servus legatus ante aditam hereditatem heredi furtum fecit: ut hoc ostendat debet tantum ostendere, quod heres nunquam fuerit dominus istius servi, neque necesse est ut legatarius tempore commissi furti dominus fuerit, cum noxa sequatur caput.

Obj. *L.* 5 § 8 *ff. de reb. eor. qui sub. tut. sunt.* ℟ Quod dicitur ibidem rem esse pupilli, hoc intelligendum post aditam hereditatem, antea enim nulla repudiatio locum habere potest.

Obj. Saltem in casu *L.* 15 *ff. ad leg. Aquil.* tenetur heres actionem legis Aquiliae cedere legatario, nam venditor et alius debitor, re debita perempta, tenetur similem actionem creditori cedere. ℟. Disparitas est quod in debito ex contractu, quamvis res debita facto tertii perimatur, contractus tamen non resolvatur: et sic, quamvis debitor liberetur, semper verum manet quod rem debuerit, adeoque et jam tenetur actionem quam occasione rei acquisivit cedere; at in legatis, dum res legata periit ante aditam hereditatem, heres nunquam intelligitur fuisse debitor rei legatae.

Inst. Idem est in legato quod in debito, nam legatum incipit deberi, sive dies legati cedit statim a morte testatoris. ℟. quod dies legati cedat a morte testatoris, tantum est ad effectum transmissionis, non quoad alios effectus; neque enim heres vere fuit debitor a momento mortis testatoris, nec etiam ipsa hereditas, nam si heres repudiaret, legata nunquam deberentur. Sed in debitis ex contractu, dies debiti statim a momento promissionis cedit cum pleno effectu, ita ut statim a promissione res promissa vere sit debita; et ideo si facto tertii perimatur, tenetur promissor actionem legis Aquiliae cedere, propter hanc enim liberationem consequitur.

Inst. Si servus legatus tantum vulneratus esset, deberet hanc actionem cedere. ℟. Quia hoc casu legatum adhuc est utile, neque extinguitur; itaque heres tenetur hanc actionem, quasi accessionem quamdam legati adhuc subsistentis, et in locum vulneris subrogatam legatario cedere; at dum servus occisus est, legatum extinguitur, ita ut nunquam intelligatur legatum fuisse.

LIBER TRIGESIMUS TERTIUS

TITULUS I.

DE ANNUIS LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

Legatum annuum dicitur, dum testator in sin-

gulos annos parem qeaetitstom alicui vult praestari, estque hoc legatnm moltiplex, primo anno purum, subseqoeetibes annis conditinnale; scilicet, si legatarius adhec vivat (*L.* 4 *ff. h. t.*), adeoque singulis annis debet legatarius esse eapax legati, et ejus morte legatum annuom extinguitur (*L.* 14, *L.* 11 *ff. h. t.*); et in eo differt a stipulatione aneua, quae uniea est, pura, et perpetea, et ad beredes stipnlatoris transit, quia noe tantum nobis, sed et heredibus nostris contrsbimus (*L.* 16 § 1 *ff. de verb. oblig.*); sequitur etiam quod si filio annuuni legatum relictum sit, is post emancipationem illud sibi acquirat; ubi si annuum stipulatus sit, stipulatio perpetuo acquisita erit patri.

Aneuum boe legatnm non est confundendum cum eo, ubi testator onicum relinquens legatum, ejus pensionem in singelos annos divisit; nam boc casu unicum et purum erit legatom, et ad heredes legatarii traesmittitur (*L.* 20, *L.* 26 § 2 *ff. quando dies leg. cedat*): huic simile est legatum aneua, bima, trima die relictum, do quo vide *L.* 3 *ff. h. t.*

Quod si aennum legatum eivitati, vel Ecclesiae, vel alteri corpori fuerit relietum, erit perpetuum (*L.* 6 *ff. h. t.*), id est tamdiu durabit, quamdiu illud eorpus durat, qund durare intelligitur, lieet suceessive omnes qui tune erant perierint, et novi sobintravoriet (*L.* 76 *ff. de judic.*).

TITULUS II.

DE USU ET USUFRUCTU ET HABITATIONE, ET OPERIS PER LEGATUM VEL PER FIDEICOMMISSUM DATIS.

Usasfructus nti et quaevis alia servitus legari potest: qnod si testator nei fundum, alteri esumfructum ejusdem fondi legaverit, ususfruetus inter eos commonieabitur (*L.* 19 *ff. h. t.*); quia legans fuedum legat fundum pleno juro, adeoque eum facultate utendi fruendi; idque ita verum est ut, licet testator fuisset hoc animo ut legatarius ususfructus oum solns haberat, nihilominus communicaretnr ususfructus, uti iedieat *ead. L.* 19; sufficit eeim quod ex propria verborom significatioee ususfructus legatus sit illi, cui fuedus legatns est, neque debet admitti quaestio voluntatis, ubi ie verbis non est ambiguitas (*L.* 25 § 1 *ff. de leg.* 3). Alied foret, si ie divisione faeieeda judex uni adjudieasset fuedum, alteri usumfruetum ejusdem fundi, tune enim enn commeeicaretur ususfrectos (*L.* 16 § 1 *ff. fam. ercisc.*); nam judex non potuit hoc agere ut communicaretur ususfructus, fuit enim aditus ad dirimeedam, non ad induceedam communioeam; sed testator potuit voluisse ut commueicaretur ususfructus. Servitutum etiam ususfructus legari potest, licet ex sententia Sabiui hoc fieri non posset, ex cujua et aliorum sententia servitutes, utpote res incorporales magis adeumerandae erant rebus, quae non sunt, quam quae sunt (*L.* 3 *ff. de usufr. rerum quae usu cons.*); sed placuit seeteetia Pauli dicentis tale legatum valero ad huee effectum, ut competat legatario adversus beredem incerti actio, ut beres ipsi qnamdiu vivet praestet facultatem ea scrviteto utendi (*L.* 1 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE SERVITUTE LEGATA.

Agitur hic de legato servitutis realis. Haec si legata sit, legata erit res individua, adeoque qoilibet beredum in solidum coeveeiri potest (*L.* 71 *ff. h. t.*): ut autem hoc legatum sobsistat, eecesse est ut relinquatur ei, qui tale praedium habet, cui servitus potest acquiri: qood si plures siet, qui fendum pro indiviso communem habent, uni ex illis inutiliter legater servitus realis v. g. via, eam per unom socinrum fundo communi servitus acqniri eoe potest, ecqne ab initio pro parte fundi iudivisa potest praestari servitus (*L.* 11, *L.* 17 *ff. de servit.*); at omnibus qui fundum communem habent recte legatur via, nibil enim impedit quominus plures domini fundo communi pariter acquirant servitutem (*L.* 19 *ff. de servit. praed. rust.*); eademque ratione servus commueis recte viam stipulatur; item eon corrumpitur stipulatio, si ei qui servitutem stipulatus est plures beredes extiteriut. Hic repetenda sunt qeae diximus § *V*, *VI*, et *VII comm. praed. etc.*

TITULUS IV.

DE DOTE PRAELEGATA.

Dos a marito uxori dicitur legari, item praelegari, valetque legatum, dum maritus uxori dotem quam accepit legat; lieet enim maritus uxori dotem reddere debeat, et aetioeem uxor babeat qua dotem repetat, plenius tamee est legatum dotis, quam actio de dote; etenim legatum dotis mulier absque ulla dilatinne petere potest, eum alias dos ie mobilibus consistens non statim, sed tantum post annum possit peti. Solutio dotis legatae sub praetextu impensarum otilium differri eequit, eeque liberi ejus qui dotem legavit habent beneficium competentiae: quod secus esset, si dos actione dotis peteretur. Quod si maritus dotem quam non accepit mulieri legavit, tuec si quantitas sit expressa, valet legatum, quia falsa demonstratio non vitiat legatum; si eulla quantitas sit expressa, legatnm est eullum, quia non potest intelligi qoid legatum sit.

TITULUS V.

DE OPTIONE VEL ELECTIONE LEGATA.

Optio sive electio dicitur legata, quando testator ox pluribus rebus legatario expresse concessit, ut unam vel plures eligere possit. Differt hoc legatum a legato generis aut alternativo, quod in legato optinnis expressa legatario competat electin, in legatn generico tacita tantum inest electin: qund in legatn optionis semper electio cnmpetat legtario, in legato generis autem potest heredi dari electio: legatum generis est purum, optionis autem olim in se babebat tacitam conditionem, scilicet si legstarius optasset, itaque si antequam optasset, docederet, non transmittebat ad beredes, quod tamen mutasso se refert imperator in § 23 *inst. do legat.*, et puto eum intelligero ibidom *L. ult. cod. comm. de leg.* Verum quidem est, quod ibi dicator olim dubitatum fuisse quid statuendum, si heredes legstarii circa electionem dissentirent, ex quo videtur sequi, quod etiam olim jus optandi ad horedes legatarii transmittorctur; sed potuit hoc accidere si v. g. testator ita legasset, *Titio, aut eo mortuo ejus heredibus, servum quem optaverint lego;* adeoquo exindo non sequitur quod antea jus optandi competerot heredibus legatarii. Item in legato optionis potest optimum eligi, non in generico. Quid si alicui *servorum* electio legata sit? Is tres eligere poterit (*L.* 1 *ff. h. t.*): cujus ratio est, quod bominos frugi tribus servis sint contenti.

TITULUS VI.

DE TRITICO, VINO, VEL OLEO LEGATO.

Vino legsto continetur omne id, quod testator vini numero babuit (*L.* 9, 10, 11, *et* 12 *ff. h. t.*): quod si legetur triticum oleumva quale non est in rerum natura, legatum erit inutile (*L.* 7 § 1 *ff. h. t.*); licet autem diximus vino generaliter legato, omne vinum deberi, id tantum intelligendum est de vino, quod testator habuit proprii usus causa, non vero de eo, qood commorcii causa habebat (*L.* 73 § *pen. ff. de leg.* 3).

TITULUS VII.

DE INSTRUCTO, VEL INSTRUMENTO LEGATO.

Iostrumontnm est apparatus rerum diutius mansurarum, sino quibus possessio exorceri nequit (*L.* 12 *princ. ff. h. t.*). Sub instrumento fundi continentur ea, quae fructus quaorendi, cogendi et conservandi gratia parata sunt, non supellex (*L.* 12 § 15 *ff. h. t.*), quae tamon continetur sub instrumento villae urbanae (*L.* 19 § 1 *ff. h. t.*); an pecora sob instrumeoto fundi contineantur, vide in *L.* 9 *ff. h. t.* Legatum tamen fundi instructi plenius est quam legatum fundi cum instrumento, cum sub instructo fundo etiam contineantur ea, quae ad usum patrisfamilias pertinent, adeoque et supellex (*L.* 12 § 27, 28, *et* 29 *ff. h. t.*). Si fundus cum instrumento legatus sit, extincto postea legato fundi, nec instrumentum debetur, quia instrumentum legatum est ut accessorium fundi (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*, § 17 *inst. de leg.*). Aliud est si fundus instructus legatus sit, tunc enim extincto legato fundi adbuc debetur instrumentum ipsius patrisfamilias, v. g. supellex, cum illud non sit accessorium fundi.

Quid si fundus legatus sit cum omnibus quae ibi sunt, an sub eo legato continentur res venales, an fructus, an kalondarium, sivo nomina debitorum, an pecunia numerata? Praenotandum quod sub legato omnium rerum, quae in certo loco sunt, tantum contineantur ea, quae ibi sunt ut illic perpetuo maneant, non vero ea quae casu ibi et ad tempus tantum sunt; uti econtra continentur ea quae casu absunt, et ad tempus alio translata sunt (*L.* 86, *L.* 67, *L.* 44 *ff. de leg.* 3, *L.* 39 § 1 *ff. de aur. arg. legat.*, *L.* 20 § 6 *ff. h. t.*). Itaque in quaestione, an res aliqua sub hoc legato contineatur, examinanda venit destinatio testatoris; ex quo sequitur, primo, quod sub tali legato non contineantur res venales, etenim qui res illas vendere destinavit, eas in eo loco non collocavit, ut ibi perpetuo essent, sed tantum ad tempus, donec eas venderet (*L.* 32 § 2 *et* 3 *ff. de usu et usufr. leg.*, *L.* 4 § 2 *ff. de pen. leg.*, *L.* 60 § 2, *L.* 73 § 4 *ff. de leg.* 3, *L.* 32 § 4 *ff. de aur. et arg. leg.*).

Obj. *L.* 12 § 43 versu *sed et ipse ff. h. t.* R. In specie objecta conjecturae sunt, ex quibus colligi potest testatorem sub eo legato voluisse comprehendere merces; etenim testator liberos masculos voluit prae foeminis bonorare legato; adeoque si magnae sint ejus facultates et legatum esset tenue, nisi res venales continerentur, verosimile est quod sub eo legato voluerit comprehendero res venales.

Obj. *L.* 15 *princ. ff. h. t.* R. quod ibi merces contineantur, ideo est, quia testator legavit ea, quae ad exercendam et instruendam tabernam parata erant, quo in numero, cum praecipuae sunt merces, evidenter testator eas legato comprehendit.

Secundo sequitur, quod fructus ad usum testatoris ejusque familiae destinati sub tali legato contineantur; non item fructus ad vendendum destinati, etenim fructus ad vendendum destinati sunt res venales, licet ex ipso fundo percepti fuerint, neque fructus venales ulla ratione distingui possunt a caeteris rebus venalibus. Huc faciunt *L.* 32 § 3 *ff. de usu et usufr. leg.*, *L.* 3 § 9, *L.* 4 § 2 *ff. de pen. leg.*, *L.* 12 § 30 *ff. h. t.*

Obj. *L.* 27 § 3 *ff. h. t.* R. quod ibi contineatur vinum, quod in doliis remanserat, ideo est, quia il-

Digitized by Google

lud vinum nec erat venale, nec erat venditum, sed ad usum patrisfamilias in doliis remanserat, adeoque destinatum erat ut ibi esset, quod proinde sub legato fundi instructi continetur (*L.* 12 § 28 *eod*); nam alias sequeretur quod sub tali legato continerentur res venditae, quod certe falsum est.

Tertio sequitur, quod kalendarium seu codex foenebris pecuniae, et nomina debitorum sub tali legato non continentur; haec enim non intelliguntur ibi esse ut perpetuo maneat, sed et debita exigantur, et pecunia exacta applicetur.

Obj. *L.* 37 *ff. de usu et usufr. legat.* ℟. Non agitur ibi de legato ad certum locum restricto, sed de legato generali bonorum, sub quo etiam nomina debitorum continentur.

Obj. *L.* 78 § 2 *ff. de leg.* 3. ℟. Non dicitur ibi, quod nomina debitorum sub hoc legato contineantur; nec hoc colligi potest ex verbis *caeterisque rebus*, cum ea referantur ad eas res, quae ad instruenda praedia parata erant, non ad nomina debitorum.

Quarto sequitur, quod pecunia numerata sub tali legato tantum tunc continetur, si praesidii causa, ut ibi perpetuo haberetur adversus inopinos casus seposita sit, non item quae foenerandi causa ibi habetur (*L.* 44, *L.* 78 § 1, *L.* 79 § 1, *L.* 86, *L.* 92 *ff. de leg.* 3).

Obj. *L.* 39 *ff. de aur. et arg. legat.* ℟. Agitur ibi de argento testatori commodato, quod certe non continetur, neque de eo lis fuit inter J. C., et de argento non apud testatorem, sed a testatore apud alium deposito, ut indicant verba *depositum a se*, illud continetur, si alibi a testatore fuit depositum ad tempus et custodiae causa, eo animo ut domum referret, nam ex destinatione patris intelligitur in domo esse, et quod casu abest non minuit legatum (*L.* 86 *ff. de leg.* 3).

Obj. *L.* 64 *ff. de leg.* 3. ℟. Ratio cur ibi pecunia contineatur habetur in ipso textu, scilicet quia testator legavit praedia, et quae in his essent, *excepto kalendario*; cum enim facilius sub tali legato contineatur pecunia quam kalendarium, sequitur quod is, qui a tali legato excipit kalendarium, crediderit quod alias et kalendarium et pecunia contineretur sub hoc legato; adeoque excipiendo kalendarium, voluit adhuc pecuniam deberi.

Sic etiam legatum universale, in quo testator nominatim voluit contineri nomina debitorum, comprehendit etiam pecuniam numeratam (*L.* 102 *ff. de leg.* 3); cujus argumento dicimus, quod si testator legaverit arcam cum omnibus quae in ea sunt, si solitus fuerit in ea arca pecunias recondere, quod pecunia illic recondita sub legato contineatur.

Obj. *L.* 27 § 3 *h. t.* ℟. Illic, vel cum Cujacio legendum est *non contineri* loco *contineri*, vel, quod melius est, dicendum quod ibi agatur de nummis praesidii causa repositis, aut de nummis ad esum familiae destinatis, qui sub tali legato continentur.

TITULUS VIII.

DE PECULIO LEGATO.

Peculium legatur vel filiifamilias vel servi: si filiifamilias peculium legatum sit, dies ejus cedit a morte testatoris; si servi peculium legatum sit, illud, vel ipsi servo manumisso, vel extraneo legatum est; si ipsi servo manumisso, dies ejus legati cedit tantum ab adita hereditate, antea enim non cedit dies datae libertatis, adeoque quod post mortem testatoris et ante aditam hereditatem accessit peculio, illud lucro legatarii est; si extraneo peculium servi sit legatum, dies cedit a morte testatoris; adeoque lucro legatarii non est quod post mortem ex rebus non peculiaribus peculio accessit (*L.* 8 § 8 *ff. h. t.*, § 20 *inst. de pecul.*).

TITULUS IX.

DE PENU LEGATA.

Penu legata, debetur quidquid esui potuique est, etiam ligna, carbones etc., sine quibus penus haberi vel parari non potest (*L.* 3, *L.* 5, *et* 6 *ff. h. t.*). Quod si heres jussus sit dare aliquid penoris, et si non dedisset, pecuniam dare jussus sit, penus erit in solutione, et pecunia post moram heredis in obligatione, ita ut legatum penoris in obligationem pecuniae tum trasfundatur; idque quia haec est penoris natura, ut facile corrumpatur, vixque servari possit (*L.* 1 *ff. h. t.*).

TITULUS X.

DE SUPELLECTILE LEGATA.

Definitur supellex domesticum patrisfamilias quod neque argento aurove facto vel vesti annumeratur (*L.* 1 *ff. h. t.*); et olim quidem vasa aurea et argentea sub supellectile legata non continebantur (*L.* 3 § 5 *ff. h. t.*); sed postea, crescente luxuria, ea comprehensa fuerunt (*L.* 3 § 3 *et* 4 *ff. h. t.*), non tamen vasa argentea edendi vel potandi causa comparata (*L.* 8 *ff. h. t.*).

Sed sub supellectili non continentur vestes, neque chartae, nec libri, nec capsae et thecae librorum vel vestium, neque ea quae ad genus aliquod artificii pertinent (*L.* 1, *L.* 6, *L.* 3 § 2 *ff. h. t.*). Moribus tamen ex usu populorum nostrorum vix est, ut capsae in quibus vestes recondi solent sub supellectili non contineantur.

LIBER TRIGESIMUS QUARTUS

TITULUS I.

DE ALIMENTIS VEL CIBARIIS LEGATIS.

Alimentis legatis, debentur cibaria, vestitus et habitatio, non ea quae ad disciplinam pertinent, nisi probetur aliud sensisse testatorem (*L.* 6, *et* 7 *ff. h. t.*); quod praesumitur, si pater filiis alimenta legaverit (argumento *L.* 6 § 5 *ff. de Carbon. edict.*). Interpretatio hujus legati favorabilis est, unde heres jussus aliquem educare ad alimenta tenetur (*L. ult. ff. h. t.*). Si ad pubertatem alimenta relicta sint, debentur usque ad tempus plenae pubertatis (*L.* 14 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*). Nec ulla ratio apparet cur idem non servetur, si alimenta diviti sint relicta: quod si alimenta simpliciter non expressa quantitate sint relicta, valet legatum, et modus statuendus est, qui praescribitur in *L.* 22 *ff. h. t.* Ab hoc alimentorum legato differt legatum praedii alicui ad alimenta relictum; tunc enim proprietas debetur, quae transibit ad heredes legatarii, et adjectio alimentorum est tantum causa legati (*L.* 22 § 1, *L.* 4 *ff h. t.*).

Si diaria, vel cibaria legata sint, non debetur nec vestitus nec habitatio (*L.* 21 *ff. h. t.*).

TITULUS II.

DE AURO, ARGENTO, MUNDO, ORNAMENTIS, UNGUENTIS, VESTE VEL VESTIMENTIS, ET STATUIS LEGATIS.

Aurum et argentum triplex est, factum, infectum, et signatum. Sub auro et argento legato non continetur pecunia signata (*L* 19, *L.* 27 § 1 *ff. h. t.*): quod si testator dixerit, se omne suum argentum legare, non comprehendetur neque id quod alteri credidit, quia non est in ejus dominio, neque id quod post factum testamentum comparavit, quia relativum *suum* praesens tempus significat (*L.* 7, *L.* 9, *L.* 27 § 2 *ff. h. t.*).

Ornamenta sunt quidquid ad ornandum corpus adhibetur (*L.* 25 § 10 *et* 11 *ff. h. t.*).

Sub vestimentis legatis continentur quoque culcitae, cervicalia, tegumenta subselliorum et lectorum (*L.* 23 § 1, *L.* 25 *ff. h. t.*), non tamen calcei (*L.* 25 § 4 *ff. h. t.*); sed hoc moribus nostris non convenit.

Mundus est, quo mulier mundior fit (*L.* 25 § 10 *ff. h. t*): in his omnibus saepe obtinet regula, quod accessio cedat principali; accessorium a principali distinguimus, non ratione pretii, sed accessorium est quod ob aliam rem habetur (*L.* 19 § *ult.*, *L.* 20 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE LIBERATIONE LEGATA.

Aliquando contingit ut creditor leget id quod sibi debetur; aliquando ut debitor leget id quod ipse debet. Creditor quod sibi debetur legat, aut alteri quam a quo debetur, aut debitori suo: priori casu dicitur legatum nominis sive actionis, secundo casu est legatum liberationis; itaque priori casu heres tenetur legatario cedere actionem, quam adversus debitorem habet, eamque cedendo defungitur (§ 21 *inst. de leg.*). Quod si tertius ille nihil testatori debeat, indistincte legatum erit nullum, sive quantitas expressa sit, sive non; etenim hoc legato non continetur quantitas quae expressa est, vel certum corpus expressum, sed continetur debitum et actio, quae competebat defuncto, adeoque eum ea non existat, ubi nullum est debitum, sequitur quod tunc nihil sit in legato: eodem modo sicuti dum legata sunt centum quae in arca sunt, nullum est legatum, si ibidem nil inveniatur (*L.* 108 § 10 *ff. de leg.* 1). Quod si testator vivus exegerit id quod sibi debebatur, vel alio modo vivo testatore extincta fuerit obligatio debitoris, cujus nomen alteri legatum est, v. g. acceptilatione, confusione etc., legatum extinguitur (*L.* 75 § 2 *ff. de leg.* 1); sic tamen, ut dum testator exegit debitum, videndum sit an ex necessitate, an sine necessitate exegerit, nam illo casu non intelligitur fecisse animo adimendi legatum, quod proinde adhuc durabit, uti etiam dum debitor sponte solvit, quam solutionem testator recusare non potuit (*L.* 11 § 13 *ff. de leg.* 3).

Sed quid si creditor alternativus, v. g. *Stichi aut* 10, legaverit tibi Stichum quem debitor debet? ℟. Non intelligetur legasse decem sibi debita, adeoque ex eventu solutionis valebit legatum, ac proinde si solvantur decem, legatum erit inutile (*L.* 50 § 1 *ff. de leg.* 2); itaque legatario non competet jus, ut petat sibi cedi actionem ab herede, sed ipsi tantum competet actio incerti adversus heredem, qua coget heredem agere adversus debitorem; adeoque in arbitrio debitoris erit, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est (*L.* 75 § 4 *ff. de leg.* 1). Haec ita, nisi electio fuerit reservata testatori; tunc enim tenebitur heres legatario cedere actionem, ut is possit petere Stichum.

Obj. In alterius arbitrium legatum conferri non potest. ℟. Expresse non potest in alterius arbitrium conferri, sed nil impedit quominus tacite conferatur (*L.* 52 *ff. de cond. et demonst.*); hic autem tantum tacite dependet ab arbitrio tertii.

Quid ergo si Titius mihi debeat Stichum aut decem, et tibi legavero Stichum, et Maevio decem? ℟. Rursus ex eventu solutionis valebit legatum; itaque si debitor solvat Stichum, ego ero legatarius, et Maevius nil consequetur: quod si debitor

solvat decem, Maevius erit legatarius, et ego nil consequar (*L.* 50 § 1 *ff. de leg.* 2). Etenim si in priori casu ex eventu solutionis valeat legatum, quidni idem dicendum hoc casu; nam etiam in hoc casu testator utrumque tantum legavit ut sibi debitum, quatenus utrumque erat ad obligationem deductum: utrumque autem ita ad obligationem deductum erat, ut unius solutione tota obligatio extingueretur; ergo et unius solutione utrumque legatum extingui debet.

Obj. In casu vestro testator legavit Stichum et decem. ℟. Quatenus sibi debebatur, non aliter.

Inst. Duo diversa legata reliquit. ℟. Sed quatenus jus haberet ad alterutrum consequendum, adeoque tantum gravavit heredem praestatione unius rei, nempe ejus quae solveretur, eum tantum voluerit legare quatenus erat in obligatione.

Obj. Ergo nullus legatarius potest adversus heredem agere, cum incertum sit quis sit legatarius, et hoc ab eventu solutionis dependeat. ℟. Cum tamen certo certius alteruter sit legatarius, neque debeat esse in potestate heredis illum fraudare legato, et singulorum legatorum intersit, ideo actio incerti unicuique adversus heredem competit, ut is contra debitorem agat.

Obj. *L.* 76 *ff. de leg.* 1. ℟. Illic supponitur quod electio sit creditoris sive testatoris, quo casu heres debet uni actionem, alteri aestimationem praestare.

Inst. Non dicitur ibi, quod electio sit creditoris. ℟. Potest colligi ex *L.* 75 § *ult. ff. de leg.* 1, ubi Ulpianus ex sententia Juliani contrarium respondit casu quo electio sit debitoris; adeoque ne dicamus quod Julianus sibi contradixerit, debet dici quod in *L.* 76 electio fuerit creditoris.

Inst. Atqui sibi non contradixisset; nam in *L.* 75 § *ult.* agitur de unico legato, et in *L.* 76 de duobus legatis. ℟. Hoc nullam ponit differentiam quoad rationem decidendi, cum utrobique tantum legetur quatenus debeatur.

Obj. Quando electio est creditoris, tenetur uni rem, alteri aestimationem praestare. ℟. Quia tunc uni unam rem praestando, vel actionem uni cedendo, ipsum praefert alteri, suoque facto extinguit legatum alterius, cui proinde idcirco tenetur (argumento *L.* 14 *ff. de leg.* 2). Hinc patet etiam cur dum testator habens duos reos debendi, Gaium v. g. et Lucium, et uni legans quod Gaius debet, alteri quod Lucius debet, gravet heredem ut uni legatario cedat actionem, alteri det aestimationem; cum heres enim tali casu possit agere, at eligere quem ex istis reis velit convenire, uni legatario cedens actionem adversus unum ex his reis, facto suo extinguit legatum alterius, adeoque illi tenetur (*d. L.* 14).

Obj. Heres praestat ex necessitate uni suas actiones, et sic non debet propterea alteri teneri. ℟. Cedit quidem ex necessitate suam actionem, sed eo ipso quo uni legatario eam cedit, eum praefert alteri, factoque suo alterius legatum extinguit, quod sufficit ut teneatur, quamvis non sit in culpa.

Obj. In casu vestro tantum unum erat debitum quod legatum est. ℟. Sed plures erant debitores, et plures erant actiones, quae adversus singulos competebant debitores, quas actiones in effectu legavit.

Obj. Duo correi debendi habentur pro uno (*L.* 9 *ff. de pact.*). ℟. Habentur pro uno, si ipsum debitum respiciamus, quia uterque eamdem obligationem sustinet; at si consideremus distinctam obligationem personalem uniuscujusque, non habentur pro uno.

Obj. Si unus testatori solvisset, utrumque legatum foret extinctum? ℟. Quia tunc sine ullo facto heredis utraque actio esset extincta, adeoque sine ejus facto periisset substantia legati; eademque ratione liberatur heres ab utroque, si hi duo rei speciem deberent, et ea sine culpa heredis, et ante ejus moram perierit.

Quid juris si creditor debitori legaverit id quod debet? ℟. Tunc erit legatum liberationis, et hoc legatum valere certum est, ut ait *L.* 3 *princ. ff. h. t.*, potestque heres damnari ut debitum non petat, vel ut debitorem liberet: quod si debitor esset tutus exceptione perpetua, legatum liberationis erit inutile (*L.* 13 *ff. h. t.*), quia nullam utilitatem ex eo legato haberet debitor. Potest quoque heres damnari, ne intra certum tempus a debitore petat, quo casu medio tempore usuras heres petere non potest (*L.* 8 § 1 *et* 2 *ff. h. t.*). Effectus liberationis legatae est, quod heres a tali debitore nil petere possit, et si petat, exceptione sit repellendus; sed nec ab herede talis debitoris petere poterit (*L.* 15, *L.* 8 § 4 *ff. h. t.*), nisi testator soli debitori, non etiam heredi ejus consulere voluerit, tunc enim personae cohaeret (*L.* 8 § 3 *ff. h. t.*): poterit quoque debitor, cui liberatio legata est, agere adversus heredem actione ex testamento, ut heres eum liberet, et quidem si totam obligationem testator tollere voluerit, liberandus est acceptilatione; si secus, pacto debet liberari (*L.* 3 § 3 *et* 4, *L.* 5 *ff. h. t.*).

Potest quoque liberatio legari a parte obligationis (*L.* 7 *princ. ff. h. t.*): quod si heres jussus sit debitorem liberare in plus quam debebat, liberari debet in quantum debet (*L.* 7 § 2 *ff. h. t.*).

Sed quid si creditor Stichi aut decem damnaverit heredem non petere Stichum? Vide § VI *de pactis*, ubi illa quaestio exponitur.

Sed quid si debitor ille, cui liberatio legata est, nihil debeat? ℟. Legatum erit nullum quibuscumque verbis testator usus fuerit, idque licet heredem dare jussisset debitori quod ille debet; et quidem si quantitas nulla sit expressa, evidenti ratione nullum est legatum, quia non potest intelligi quid legatum; sed et licet expressa certa quantitate legaverit, nihilominus nullum erit legatum; etenim in tali casu non hoc agetur, ut heres certam summam

Digitized by Google

solvat legatario, sed uniee hoc continetur, ut heres debitorem liberet: debitor autem qui nihil debet non debet liberari. Probatur ex *L.* 25 *ff. h. t.*, ubi primo docet Paulus nil interesse, si creditor Titii ei debitum remittere voluit, utrum heredem suum jusserit ut Titium liberaret, an vero prohibuerit heredem exigere, omni enim casu debitor Titius debet liberari. Pergit Paulus et quaerit, quid si testator centum aureorum, vel fundi mentionem fecerit? Et ait *siquidem debitor fuisse probetur liberandus est;* quaerit tunc, quid si debitor nil debeat? Et ait *posse dici quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti, quod comprehensum est posse.* Itaque tantum ait, sive proponit hoc dici posse ob regulam, quod falsa demonstratio non vitiet legatum, sed hucusque non resolvit hanc quaestionem: addit: *sed poterit hoc dici centum aureos quos mihi debet vel Stichum quem debet, heres meus damnas esto non petere. Quod si sic dixit,* pergit Paulus, *heres meus centum aureos quos mihi debet Titius damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit ut petere possit quasi falsa demonstratione adjecta;* itaque rursus non resolvit quaestionem, sed tantum ait *tentari posse.* Tandem solutionem suam subjicit his verbis: *quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum od debitum referre se testator existimaverit:* quibus verbis eit sibi nequaquam placere quod prius dixerat *dici posse,* et *tentari posse.*

Obj. Falsa demonstratio non vitiat legatum ℟. Nisi demonstratio efficiat ut deficiat res legata, uti hic contingit, cum hic non legetur certa pecuniae summa, sed liberatio ab aliquo debito, quod non subsistit; adeoque nec liberatio subsistere potest.

Inst. Si legaverim Titio centum, quae ipsi debeo, quamvis nil debeam, valet legatum. ℟. Quia tunc testator gravat heredem, ut ea centum praestet legatario, quae praestari possunt, licet debitor nil debeat. At in casu nostro non gravat heredem praestatione centum, sed tantum gravat ut debitorem liberet, quod fieri nequit, si debitor nil debeat.

Inst. Ergo valet legatum quando testator jussit centum heredem dare. ℟. Licet usus sit verbo *dandi*, tamen illud verbum ad debitum retulit, ut Paulus ait; itaque verbum *dandi* ex voluntate testatoris nil aliud significat quam debitum dare, sive condonare, id est remittere.

Obj. Suppone quod maritus, qui dotem reddiderat uxori, jusserit heredem centum, quae in dotem accepit reddere, tali casu valebit legatum (*L.* 21 *ff. de leg.* 2), et tamen verbum *reddere* non minus refertur ad dotem, quam verbum *dare* in casu vestro. ℟. Licet verbum *reddere* significet retrodare, tamen et per se dandi significationem habet, et qui reddere jubetur, dare jubetur. Sed in casu nostro heres non est jussus aliquid dare, sed tantum condonare sive remittere debitum.

Quid juris jam, si debitor suo creditori legaverit ea quae ipsi debet? Si vere sit debitor, inutile est legatum, nisi plus sit in legato quam in debito (*L.* 25 *in fine ff. h. t.*, *L.* 28 *et* 29 *ff. de leg* 1), ubi vide quot modis plus possit esse in legato, quam in debito; hinc jure novo, quo legatariis tribuuntur actiones ad consequendum legatum, plus plerumque est in legato, quam in debito.

Sed quid si debitor ille nil debeat? Si nullum corpus, nulla quantitas expressa sit, est inutile legatum, quia non potest intelligi quid sit legatum; si vero corpus vel quantitas sit expressa, valet legatum, quia falsa demonstratio non vitiat legatum (*L.* 25 *in fine ff. h. t.*).

TITULUS IV.

DE ADIMENDIS VEL TRANSFERENDIS LEGATIS.

Cum ambulatoria sit hominum voluntas usque ad vitae supremum exitum, sequitur quod testatori liberum sit revocare legatum. Revocatio legati fit vel per ademptionem in specie sic dictam, vel per translationem; adimuntur legata vel expresse, quod fieri potest, vel verbis directo contrariis v. g. *non do, non lego*, aut aequipollentibus, ut si testator dixerit legatarium esse pessimum hominem (*L.* 13 *ff. h. t.*), vel factis directo ad ademptionem tendentibus, v. g. si testator consulto deleat vel induceat legatum (*L.* 16 *ff. h. t.*).

Sed quid si testator alicui legaverit sub onere v. g. fideicommissi, et postea onus illud ademerit? Dicendum videtur legatum esse ademptum (*L.* 31 § 1 *ff. h. t.*): ratio est quod onus illud intelligatur esse correlativum legato, ita ut tamquam causa finalis se habeat ad legatum, que causa ex voluntate testatoris cessante, debet dici cessare legatum: probatur etiam ex *L.* 30 § 2 *ff. h. t.*

Obj. Testator adimens onus non dixit se legatum adimere. ℟. Licet expresse non adjecerit se adimere legatum, tamen cum legatum propter onus illud reliquerit, intelligitur adempto onere voluisse, ut legatum esset ademptum, nam si hoc noluisset adimere, debuisset dicere se velle ut salvum maneret legatum.

Inst. Atqui non debuisset hoc adjicere, nam ademptio unius rei in se non continet ademptionem alterius rei. ℟. Hoc ita verum est, nisi unum datum sit propter aliud, tunc enim sublato eo propter quod aliud est datum, sublatum etiam est illud, quod intuitu alterius est datum; hoc autem in nostro casu contingit.

Obj. *L.* 53 *ff. de cond. et demonstr.* ℟. Illic testator libertatem servo dederat sub conditione, et postea removit conditionem, et ita ex voluntate testatoris servus ad libertatem pervenit; eodem modo dicimus in nostro casu, si testator ea intentione ademerit onus, ut legatum sine onere relinqueret, legatum subsistere, sed cum hoc non praesumatur, contrarium probari deberet.

Obj. Falsa causa non vitiat legatum. ℟. In casu nostro non est falsa legandi causa, sed nulla causa subest, cum non tam intuitu legatarii, quam intuitu oneris adjecti legatum sit relictum.

Obj. *L.* 6a, *et L* 17 *ff. de leg.* 2, *L.* 92 § 1 *ff. de leg.* 1, *L.* 38 § 6 *ff. de leg.* 3. ℟. In his omnibus casibus agitur de casu, quo onus non fuit revocatum a testatore, sed de casu quo onus illud casu fortuito cessat, quo casu, cessante onere, adhuc manet legatum.

Inst. In casu objecto, cessante onere, adhuc manet legatum. ℟. Quia nullum factum ex parte testatoris intercessit, ex quo possit colligi ademptum esse legatum; aliud est quando testatar ipsemet onus ademit, et revocavit, nam tunc intelligitur revocasse legatum.

Obj. Si testatar gravasset heredem onere fideicommissi, et postea fideicommissum ademerit, hereditas tamen non erit adempta. ℟ Quia nuda voluntate hereditas adimi non potest, et sic, licet voluisset testator adimere hereditatem, tamen ademptio foret nulla; sed legatum nuda voluntate adimi potest.

Tacite adimuntur legata per factum testatoris tale, ex quo colligitur et praesumitur mutata ejus voluntas: hoc autem varie contingit, ut si res legata facto testatoris in aliam speciem sit translata, maxime in talem, quae ad pristinum statum non potest redigi (*L.* 88 *ff. de leg.* 3); si testator rem legatam sine ulla necessitate alienaverit, puta si donaverit (*L.* 18 *ff. h. t.*); non item si pignori dederit, cum hoc ex necessitate fecisse intelligatur.

Sed quid si donatio fuerit nulla? Legatum tamen erit ademptum (*L.* 24 § 1 *ff. h. t.*); licet enim voluntas ejus quoad donationem non sortiatur effectum, obstante lege donationem prohibente, debet tamen sortiri effectum quoad ademptionem legati, cum nulla lex ademptionem prohibeat.

Quid si testator rem legatam, quam sine necessitate alienavit, postea redemerit? Legatum manebit ademptum (*L.* 15 *ff. h. t.*); ex illa enim redemptione non potest erui voluntas testatoris iterum legandi, cum nullam cum legato connexionem habeat, nisi contrarium probetur.

Adimuntur quoque legata inimicitiis capitalibus inter testatarem et legatarium exortis (*L* 3 § *ult. ff. h. t.*); non enim praesumitur quod testator inimico beneficium legati velit conferre, idque sive testator sive legatarius causam inimicitiis dederit: quod si iterum in amicitiam redierint, et poenituerit testatorem prioris offensae, legatum redintegratur (*L.* 4 *ff. h. t.*).

Cur legatum non censetur ademptum, quando legatarius quaestionem status movit testatori, sed fisco vindicatur, ut docet *L* 9 § 2 *ff de his quae ut indign.*, cum non possit major injuria excogitari, quam aliquem in servitutem petere? Differentiae ratio haec videtur esse, quod in caeteris casibus testator censeatur mutasse suam voluntatem; at quando in servitutem petitur, licet tunc maxime offendatur, tamen non potest mutare voluntatem ut a legato recedere, quia ex eo quod in servitutem vocetur redditur dubius de statu suo, adeoque talis ut non possit testari (*L.* 14 *ff. qui test. facere poss.*); et consequenter nec legatum potest relinquere, adeoque nec adimere, cum contrariorum eadem sit ratio: cum tamen talis legatarius sit indignus, legatum ei eripitur, et fisco vindicatur.

Translatio legati fit quatuor modis: a persona in personam; aut ab eo qui dare jussus est, ut alius det; aut cum res pro alia re legatur; aut cum quod pure datum est transfertur sub conditione (*L.*6 *princ. h t.*). A persona in personam, veluti si testator dicat *quod Titio legavi, Sejo lego*, quo casu legatum Titio erit ademptum, ut in Sejum translatum (*L.* 5 *ff. h. t.*); sed cur hoc casu Titius ut Sejus non sunt inter se conjuncti? Quia testator sub repetitione nominis primi legatarii Titii legavit Sejo, quo casu praesumitur translatio, alias praesumeretur conjunctio (*L.* 89 *ff. de cond. et demonstr.*).

Obj. *L.* 15 *ff. de hered. inst.* Illic sub repetitione nominis Seji Sempronium instituit, et tamen dicitur quod sit conjunctio. ℟. Manifestum est quod in casu objecto sit conjunctio, dixit enim testator, *ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto*, eodem modo, si in legando dixisset, fundum quem Titio legavi eundem illum lego Sejo, praesumeretur conjunctio, propter adjectionem relativi *eundem*; sic rursus, si dixisset testator, id quod Titio legavi etiam Maevio lego, esset conjunctio.

Quid jam si posterior in quem transfertur legatum sit incapax? Nihilominus primo ademptum erit legatum (*L.* 20 *ff. h.t.*); cum enim translatia in se involvat ademptionem, licet non valeat translatio, debet tamen ademptio valere.

Obj. *L.* 14 § 1 *ff. h. t.* ℟. Agitur ibi de casu, quo ademptio est inutilis ob qualitatem rei.

Quid si legatum conditionale transferatur in alium? Intelligetur sub eadem conditione in alium esse translatum, nisi conditio priori personae cohereat (*L.* 24 *princ. ff. h. t.*); tunc enim repetita non intelligetur conditio.

Obj Nec priori casu repetita erit conditio (*L.* 73 *de her. inst.*). ℟. Agitur ibi non de translatione hereditatis, sed de substituto, de quo dicitur quod conditio instituto adscripta non censeatur repetita in substituto, hoc ideo quia in substitutum non transfertur hereditas, sed ei directo datur in casum, quo institutus eam non habeat. Aliud est, quando hereditas vel legatum transfertur, tunc enim mutata voluntate respectu primi, transfertur ea voluntas in secundum cum omni sua causa.

Quid si testator ita dixerit, *heres meus Titio da-*

to, si Titio non dederit, Sempronio dato? Ita demum debetur legatum Sempronio, si dies legati in persona Titii non cesserit (*L.* 3 § 3 *ff. h. t.*).

Oas. Licet Titius post cessionem diei mortuus sit, tamen verum est quod legatum Titio non sit datum R/. Verba illa *Titio dato* juris sunt, nec factum heredis designant, sed juris effectum, et licet dationem heredis jubeant, tamen effectum non habent in datione heredis, sed habent hunc effectum, ut heres legatario obligetur; et ita quotiescumque verum est quod heres Titio fuerit obligatus, defecit conditio, sub qua Sempronio legatum est, cum conditio illa *si Titio non dederit* hoc significet, si non fuerit obligatus.

Obj. *L.* 3 § 1 *ff. h. t.*, ubi Sempronius consequitur legatum, licet Titius post cessionem diei mortuus sit, modo heres non fuerit in mora solvendi Titio. R/. Verba illa *si Titius non acceperit, vel si Titius antequam accipiat decesserit*, non jus, sed factum solutionis designant; itaque si Titius de facto non acceperit, existit conditio, sub qua Sempronio legatum est.

Sed cur tunc non debetur Sempronio, dum heres fuit in mora solvendi Titio? Quia cum tunc per heredem steterit quominus Titius acciperet, perinde habetur ac si Titius accepisset, et ita legatum transmittit ad Sempronium.

Quid si quod alicui legatum est, eidem postea sub conditione legetur? Primum legatum intelligetur translatum in posterius; itaque quod pure legatum erat, sub conditione legatum erit (*L.* 10 *princ. ff. h. t.*); hoc ita, si prius legatum utiliter fuerit datum, nam legatum inutiliter datum non potest transferri (*L.* 14 *ff. h. t.*). Sequitur etiam quod, si id quod sub conditione legatum est, postea sub alia conditione legetur, novissima conditio sit spectanda: excipe tamen libertatem, in qua favore singulari placuit levissimam conditionem spectari (*L.* 87, 88 *et* 89 *ff. de cond. et demonstr.*).

Obj. Si is qui pure institutus est, postea sub conditione instituatur, posterior institutio est inutilis; et si utraque institutio sit conditionalis, valet institutio ex conditione alterutra, quae prior existet (*L.* 27 § 1 *et* 2 *ff. de hered. instit.*). R/. In institutione specialis est ratio, quia scilicet regula juris est, quod hereditas semel data in eodem testamento adimi non possit (*L.* 13 § 1 *ff. de liber. et posth.*); quae regula non obtinet in legatis: ratio hujus regulae est, quod institutio heredis sit fundamentum et caput testamenti; testamentum autem non debet se ipsum evertere.

Obj. Si id quod pure emi, sub conditione rursus emam, posterior emptio est inutilis (*L.* 7 *ff. de rescind. vend.*). R/. Disparitas est quod emptor deficiente conditione non velit a prima emptione recedere, sed tantum non emere, quae duo sunt diversa; adeoque, sive existat, sive deficiat conditio posterioris emptionis, manebit prima emptio, et sic per posteriorem emptionem nihil agitur. Sed qui prius pure, deinde sub conditione legat, deficiente conditione vult non legare, et sic cum prima voluntas necdum confirmata sit, posterior voluntas, quae talis est ut deficiente conditione velit non legare, efficit ne prima voluntas confirmetur.

TITULUS V.

DE REBUS DUBIIS.

§ I.

Dubium aut nascitur ex re, sive ex eventu qui praevisus non est, aut ex verbis: ad hanc posteriorem partem hic titulus pertinet, in quo non tantum conventionum et ultimarum voluntatum, sed etiam legum, in quibus aliquid dubii vel ambigui occurrit, interpretationum regulae traduntur. Si enim nullum sit dubium, sed verba omnino sint clara, aperta, nullus interpretationi locus relinquitur, quo spectat *L.* 25 § 1 *ff. de leg.* 3. In ea dicitur, *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, scilicet unusquisque creditur usus verbis in ea significatione, quam de se et ex natura sua habent; unde ubi verba sunt aperta, non est inquirendum quaenam fuerit intentio aut mens loquentis, cum ea sufficienter ex ipsis verbis appareat; et sane, si adhuc inspicienda foret intentio, quae aliunde quam ex verbis colligeretur, nulla foret securitas in contrahendo, leges forent prorsus inutiles, ultimae voluntates facili negotio possent everti; semper enim quis similes conjecturas quaereret, quandoque etiam remotissimas, et prorsus vagas ac incertas, ex quibus probare conaretur aliam fuisse intentionem loquentis, quam verba naturaliter prae se ferunt.

Ex his tamen nemo inferre velit verba semper esse accipienda in propria ac litterali sua significatione, saepe enim materia, de qua agitur, usus et consuetudo regionis exigunt, ut verba accipiantur in impropria significatione, quinimo quandoque ut accipiantur in significatione metaphorica et allegorica, praesertim si aliquid absurdi alias includerent, ita ut tali casu aeque absurdum esset verba accipere in sensu proprio aut litterali, quam communiter absurdum esset ea accipere in impropria vel metaphorica significatione.

§ II.

Itaque quod diximus, nullum interpretationi locum relinqui, si verba per se sint clara ac manifesta, ita accipi debet, non tantum si verba sint clara per se, et sine relatione ad aliud, sed si clara sint relatione habita ad materiam, de qua agitur, aliasque circumstantias: si v. g. quis haberet decem pyxides argenteas, et alicui promisisset dimidiam partem earum, non defungeretur cujuslibet pyxidis bipartitae partes praestando, sed quinque ex illis stipulatori praestare deberet, quia materia de qua tractabatur sufficienter ostendebat non esse actum, ut dimidia cujusque praestaretur, sed ut quinque praestarentur. Itaque quoties intentio loquentis nota est alteri contrahentium, et verba non resistunt, materiaeque de qua tractatur ei conformis est, verba accipi debent secundum intentionem loquentis sufficienter manifestatam.

§ III.

Dixi *et verba non resistunt*, nam si resistant, tunc, quamvis de intentione loquentis constet, tamen secundum eam verba accipi non poterunt; sed vel nil erit actum, aut verba erunt accipienda in naturali sua significatione; unde, juxta *L.* 4 *ff. de leg.* 1, si quis volens legare equum, legaverit bovem, nec equus, nec bos debebitur; imprimis non debebitur bos, quia eum legare noluit, legatum autem sine voluntate testatoris non subsistit; non etiam debebitur equus, quia eum non expressit. Nec obstat quod constet de voluntate testatoris volentis legare equum, haec enim sola per se non sufficit, sed requiritur ut in testamento sit expressa et declarata; hic autem hanc voluntatem legandi equum testator non expressit, cum sub nomine bovis nequeat intelligi equus legatus. Non idem esset, si quis volens promittere equum, promisisset bovem; si modo stipulator credidisset eum velle promittere bovem, bos debebitur, nisi intervenisset error ex parte promittentis, cum enim hic consensum impediat, nil esset actum. Ratio differentiae inde provenit, quod contractus non perficiantur nisi utriusque voluntate, atque adeo utriusque mens ac voluntas est inspicienda; consequenter, cum stipulator justa crediderit eum velle promittere bovem, quem promissor expressit, debet hic obligari ad bovem, alias enim unusquisque per simile subterfugium promissionem suam posset reddere irritam ac inutilem. Ast testamentum sola voluntate testatoris perficitur, haec itaque sola erit intuenda; consequenter, cum constet testatorem noluisse legare bovem, is tamquam non legatus deberi nequit, sed non potest deberi equus, cum testator eum non expresserit.

§ IV.

Huc spectat *L.* 7 § 2 *ff. de supellect. leg.*, ubi refertur disputatio, quae olim fuit inter Servium et Tuberonem. Quaerebatur nimirum quid si legata esset supellex, an etiam vestes sub eo legato continerentur, in supposito quod testator vestes suas ad supellectilem referre soleret. Servius contendebat vestem sub eo legato non contineri, rationem adjiciebat, *non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere:* hoc volebat Servius, quod nomina appellativa, de quibus in casu quaestio erat, sint publica et immutabilia, nimirum verba accipienda sunt in eo sensu, quem habent secundum communem loquendi modum, neque est privatorum eam significationem immutare; alias si cuilibet privato id permissum esset, summa oriretur confusio, et vix unquam sciri posset quid loquens voluerit aut intenderit. Aliud sentiebat Tubero hac ratione, quod nomina tantum sint adminicula, ut demon-

strent voluntatem dictis; atque adeo, eum aliunde constara possit de voluntate quam per verba, si de ea constet, verba attendenda non sunt. Sed Celsus, qui est auctor hujus legis, reprobato Tuberone adhaeret Sorvio, sic ait: *sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse cujus non suo nomine usus sit, nam etsi prior et potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.* Et recte, nam, quamvis verba tantum sint adinventa ad exprimendam voluntatem loquentis, ot de ea aliunde quam ex verbis constare possit, attamen ubi quis eo medio utitur ad explicandam suam voluntatem, verbis uti debet in ea significatione, quam habent in communi loquendi usu.

§ V.

Haec intelligenda sunt de nominibus appellativis, nam in nominibus propriis aliud juris est, saltem quoad legata et fideicommissa, ut constat ex *L.* 4 *ff. de leg.* 1, ubi J. C. sic ait: *si quis in fundi vocabulo erravit, et cornelianum pro semproniano nominavit, debebitur sempronianus.* Rationem differentiae subjicit J. C. in fine legis, sic ait, *rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia;* id est nomina appellativa sunt publica, et a cujusque privati arbitrio non dependent, sed sicuti publice constituta sunt per communem usum, ita non possunt immutari, nisi per communem usum contrarium; ast nomina propria publica non sunt, sed a cujusque patrisfamilias arbitrio dependent, unde ea potest immutare quandocumque sibi placuerit; nota tamen hoc non facile praesumi, adeoque hic requiri aperta probatio. Sed an idem dicendum in contractibus, v. g. aliquis habens duos servos Stichum et Pamphilum, alteri stipulanti promisit Stichum, postea conventus ad Stichum dicit se intellexisse Pamphilum sub nomine Stichi, an erit audiendus? ℟. negative; quia stipulator credidit eum velle promittere Stichum, non Pamphilum; neque ex ipso actu, vel ex circumstantiis apparet promissorem voluisse immutare nomen servi, alias in potestate promissoris foret eludere suam promissionem; posset enim semper dicere, quod nomen servi immutasset, sicque nulla conventio firma esset.

Haec ita, nisi probetur errorem intervenisse ex parte promissoris, tunc enim neuter deberetur, non Stichus; quia promissor eum promittere noluit, non Pamphilum, quia hic in stipulationem deductus non est; et consequenter nil erit actum, eum error impediat consensum, sine quo nullus contractus valere potest; huque referri potest explicatio *L.* 34 *ff. de contrah. empt. vend.*, quam vide in Averranio *libr.* 2 *interpret. cap.* 2.

§ VI.

Hactenus vidimus quod ubi in verbis nulla est ambiguitas aut obscuritas, nullus interpretationi locus sit; sed si in iis aliquid ambigui aut obscuri occurat, ita ut non appareat de quo contrahentes, testator, vel legislator senserint, tunc locus sit interpretationi, quae juxta certas regulas in ratione naturali fundatas est dirigenda. Has regulas in hoc titulo trademus, sed antea notandum, quod interpretatio ipsis partibus nunquam permittenda sit, et sane; quisque enim semper eam faceret in sui favorem, quod quam inconveniens esset nemo non videt. Haec igitur interpretatio est permittenda judici, qui in ea facienda sequi debet regulas naturali ratione subnixas. Plane ipso testator suam voluntatem obscurius forte expressam potest interpretari quamdiu vivit, idemque obtinet in legislatore, nec mirum, eum non detur melior interpres quam sui ipsius: ultima autem voluntas uti et lex constat sola voluntate testatoris, vel legislatoris, quod secus se habet in contractibus, qui utriusque voluntate constant; plane si testator vel legislator id ipsimet non fecerit, judicis erit eorum verba interpretari.

§ VII.

Dubium ex verbis variis modis oriri potest: aut nascitur ex repugnantia et contradictione verborum, si non vera, saltem apparente; aut nascitur ex generalitate verborum; aut ex dispositione eorum et contextu orationis; aut etiam ex eo quod unum idemque verbum varias ac diversas habeat significationes etc. Videamus autem primo de dubio, quod nascitur ex repugnantia et contradictione verborum; ea autem contradictio vel repugnantia non semper vera est, sed saepe tantum apparens, unde pro ea haec regula erit tenenda: *quoties verba aliqua ratione in consonantiam reduci possunt, id omnino fieri debet, praesertim si agatur de verbis unius et ejusdem hominis, nisi appareret eum in posterioribus a prioribus voluisse recedere, quod non facile praesumetur, si ea verba simul uno et eodem tempore in eodem negotio sint prolata;* nullatenus enim credendum est, quod intra tam breve temporis intervallum mutaverit sententiam; unde si verba inter se conciliari possint, ea etiam accipiendo in sensu *metaphorico vel figurato*, id faciendum erit, quia nunquam credendum est quod unus et idem homo in eodem negotio sibi contradixerit, nisi aliquando id admitti posset in hominibus rudibus, vel rusticis meditationi non assuetis, praesertim si sermo esset prolixior. Huc referri potest *L.* 12 *ff. de precario*, quam sub *tit. commodati* § III retulimus.

§ VIII.

Si verba nullo modo conciliari possint, tunc per posteriora videbitur derogatum prioribus, praesertim si illa verba non una et eodem tempore, sed ex intervallo sint prolata; saepius enim contingit ut homines ea quae ab initio non ita perpenderunt, ex postfacto maturius perpendant, ideoque a priori sententia recedant; si ergo de mutatione voluntatis appareat, ea omnino admittenda est, quamvis etiam verba in consonantiam reduci possent ea accipiendo in significatione metaphorica vel figurata. Haec ita, si agatur de sermone unius hominis; sed si agatur de verbis diversorum hominum, facilius admittetur contradictio, quia non facile credi debet aliquem sibi contradixisse, aut priorem sententiam mutasse, cum frequenter contingat homines inter se dissentire; et ita hoc casu, si negotium omni interpretationi resistat, nihil inter partes actum erit.

§ IX.

Nunc videamus de dubio, quod nascitur ex dispositione verborum, vel contextu orationis, quod innumeris modis contingere potest. Ubi autem id contigerit, *apprime inspicienda erit mens et intentio contrahentium, testatoris, vel legislatoris; haec, si sufficienter appareat, omnino erit sequenda L. 96 ff. de reg. juris*, quae dicit *in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset*. Huc referri potest *L. 88 ff. ad L. Falcid.*, ubi testator habens 400 in bonis 300 legavit: deinde fundum valentem 100 sub conditione legavit, *si legi Falcidiae in testamento locus non esset*: quaesitum fuit quid juris? Si dicamus fundum esse praestandum, legi Falcidiae locus erit, et sic deficiet conditio, sub qua fundus legatus erat; contra, si dicamus fundum non esse praestandum, legi Falcidiae locus non erit, et sic existet conditio, sub qua fundus legatus erat; unde quidquid hic statuerimus *falsum reperietur*, ut dicit J. C., quia tamen hic aperta erat mens et voluntas testatoris, nolentis scilicet ut propter posterius legatum priora minuerentur: J. C. decidit *conditionem secundi legati defecisse*, ideoque fundum non esse praestandum. Simile exemplum proponitur in § 1 *ejusd.*

§ X.

Si intentio, aut voluntas loquentis non appareat, videndum erit quid verosimilius, aut plerumque contingere solet (*L. 114 ff. de reg. juris*). *In obscuris*, ait J. C., *inspici solet quid verosimilius est aut quid plerumque fieri solet*. Haec verisimilitudo variis ex causis nasci potest: aliquando nascitur ex natura negotii, de quo agitur; aliquando ex iis, quae in eadem oratione praecedunt vel sequuntur; aliquando ex conditione et qualitate loquentis, vel ejus ad quem sermo dirigitur, variisque aliis ac innumeris circumstantiis, de quibus latius, dum agemus de dubio oriente ex generalitate, vel significatione verborum.

§ XI.

Quod si nulla adsit major verisimilitudo pro una quam pro altera sententia, sequenda erit sententia benignior, atque adeo in pari causa ea quae favet debitori; quo referri potest *L. 56 ff. de verb. obligat.* Ibi proponitur testatorem legasse Titio et Sempronio decem: sane dubitari poterat an testator intellexerit quod una decem utrique legaret, ita ut cuique quinque deberentur, an vero intellexerit se legare cuique separatim decem; verba enim patiuntur utramque significationem. Respondet J. C. quod testator non aliud intelligatur quam una decem utrique legasse; hac ratione, quod in dubio nascente ex causarum paritate melior sit conditio debitoris, adeoque in casu heredis. Aliud foret, si testator dixisset se Titio et Sempronio *dena legare;* hoc enim casu dubium non esset, quin cuique decem essent praestanda, quia verbum *dena* importat multiplicationem summarum, non vero verbum decem.

Fortiter tamen obstat *L. 79 ff. de leg. 1*, in qua sic dicitur: *si quis testamento suo Titio et Sejo decem dari jusserit, nullam haec verba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse videatur qui decem dixit*; ergo, dicunt, is qui decem duobus legavit, intelligitur dena legasse. R/. Ast non ille est sensus eorum verborum, sed hic, quod is qui jussit Titio et Sejo decem dari, nullo modo intelligatur dena legasse, ita ut de eo ambigi nequeat; unde ea verba *nullam haec verba recipiunt ambiguitatem, ut dena dixisse videatur qui decem dixit*, sic accipi debent, ut illa inter se differant, alias J. C. sibi contradiceret, cum idem utriusque legis sit auctor: falsum insuper esset, quod illa verba nullam ambiguitatem reciperent, si in sensu contrario acciperentur.

Huc adhuc spectat *L. 13 ff. de leg. 3*, in qua proponitur quod testator sic locutus esset: *heres meus illi fundum dato, Sejo hoc amplius decem*: dubitari poterat quid testator in casu voluisset Sejo praestari, an scilicet ipsi legasset sola decem, an vero fundum quem priori legaverat, et insuper decem: respondet J. C. *non erit dubitandum quin Sejus et fundi partem et decem ex testamento percipere debeat*. Ratio est, quod particula *amplius* habeat vim repetendi illud, ad quod refertur; hic autem particula *amplius* manifeste se referebat ad fundum priori legatum; ergo et in legato Sejo relicto fundus debet intelligi repetitus, quasi testator dixisset *Sejo lego fundum, hoc amplius de-*

Digitized by Google

cem: haec explicatio confirmatur per *L.* 54 *ff. eod.*, ubi J. C. similem casum proponens subjicit, *verius est eo verbo amplius superiora repeti.*

Sed bis fortiter obstat *L.* 108 § 7 *ff. de leg.* 1, in qua J. C. ait: *si ita scriptum erit, amplius quam Titio legavi heres meus Sejo decem dato, dubitandum non erit, quin et Titio suum legatum maneat, et Sejo nil ultra decem debeatur.* Hic etiam particula *amplius* se referebat ad legatum Titio relictum, et tamen J. C. respondet Sejo sola 10 esse praestanda, non etiam illud, quod Titio relictum fuerat. ℟. Notandum quod particula *amplius* tantum habeat vim repetendi illud, ad quod refertur; quo notato, exurget differentia, scilicet in casu *L.* 13 particula *amplius* manifeste se referebat ad rem legatam; haec ergo et in legato Seji debebat intelligi repetita. Sed in *L.* 108 particula *amplius* non se referebat ad rem legatam, sed ad actum ipsum legandi; itaque non res ipsa legata debebat intelligi repetita, sed ipsum legatum, sive potius actus legandi; atque ita sensus hic est, quod testator ei legato quod Titio reliquerat aliud superaddat, quo decem Sejo legat.

Etiam referri potest *L.* 13 *ff. h. t*, ubi J. C. proponit legatum hoc modo relictum: *Sejo cum* 200 *quae apud eum deposui* 300 *lego*: dubitari poterat an 200 deposita essent imputanda in 300 legata, ita ut heres ultra 200 quae deposita sunt Sejo tantum 100 dare deberet, an vero praeter 200 deposita alia 300 essent praestanda, et ita in totum 500 deberentur. Respondet J. C. *sed dicendum est non* 300 *sed* 500 *deberi*: reddit rationem, *quia duae summae junguntur*: hoc vult J. C., quamvis particula *cum* aliquando adhibeatur ad designandam commixtionem, magis tamen frequenter solet adhiberi ad faciendam accumulationem; unde in casu 300 intelliguntur accumulata 200 depositis. Similis fere adhuc casus proponitur in § 1 *ejusd.*, quem vide.

§ XII.

Nunc transeamus ad dubium, quod nascitur ex generalitate verborum, ex eo nimirum quod dubitetur quam late verba se extendant, et quid in se comprehendant. In his haec regula plerumque tenenda est, *quod verba generaliter ac indefinite prolata generaliter sint intelligenda;* quae regula non tantum locum habet in contractibus, sed etiam in ultimis voluntatibus, ac legibus, ita ut, nisi aliunde aliquid obstet, nulla res excepta intelligatur; quod adeo verum est, ut etiamsi tale quid adjectum foret, quod non convenit omnibus speciebus sub genere contentis, nihilominus etiam et illae sub generali dispositione contentae intelligerentur, quo spectat *L* 52 *ff. de legatis* 1, in qua dicitur, *si cui servi omnes cum peculio legati sint, etiam hi servi debentur, qui nullum peculium habent:* hic sane dubitari poterat utrum testator voluisset tantum deberi eos servos qui peculium haberent: J. C. tamen contrarium respondit, et recte, quia ea verba *cum peculio* adjecta non erant legati minuendi aut restringendi causa, sed potius ampliandi, particula enim *cum* nullo modo diminutionem, sed potius ampliationem importat.

§ XIII.

A praedicta regula plurimae sunt exceptiones. Prima est, si *postea quaedam sint subjecta expresse aut tacite, ut priora generaliter prolata restringant*; *expresse*, dum quaedam ex genere nominatim eximuntur; *tacite*, dum super certis speciebus sub eo genere contentis, aliud quid nominatim aut specialiter cavetur, hoc ipso enim tacite ea ex genere excepta videbuntur: exempla habemus in *L.* 1 *ff. de trit. et vino leg.*, item *L.* 1 *ff. de auro et arg. leg.*, huc que spectat regula juris, quae dicit *quod in toto jure generi per speciem derogetur.*

Praedictis tamen obstat argumentum desumptum ex *L.* 99 *ff. de leg.* 1, et *L.* 11 *ff. de opt. leg.*, juxta quae, si uni legata sit optio vel electio servi, alteri certus aliquis determinatus servus, puta Stichus, legatarius optionis etiam Stichum optare poterit, qui alteri nominatim legatus est. ℟. Ratio est, quod in legato optionis non omnes omnino servi, quos testator habuit continentur, quasi hi omnes praestari deberent, sed tantum unus; itaque et ipsum legatum optionis speciale est, consequenter non debet restringi per aliud. Aliud est quando testator uni legat omnes servos suos, alteri nominatim Stichum; sub priori enim legato continentur omnes servi, quos testator reliquit, atque adeo credibile non est quod hunc concurrere voluisset cum altero legatario, cui nominatim Stichum legavit; ideoque hoc ipso Stichum ex priori legato intelligetur exemisse.

Sed numquid etiam dici potest, quod in legato optionis dum alteri nominatim certum servum legat, hunc exemerit ex legato optionis? ℟. negative; cum enim, ut jam vidimus, utrumque legatum speciale sit, non apparet ratio cur diceremus testatorem id fecisse, in utroque enim legato tantum unicus servus continetur: differentia sola haec est, quod in legato optionis continetur servus incertus ac indeterminatus, ille scilicet quem legatarius eliget, ubi in posteriori legato continetur certus servus.

Exceptio tamen est in causa libertatis, ut probat *L.* 9 § 1 *ff. de opt. leg.*, idque ideo, quia alias legatum libertatis impediri posset per legatarium optionis, si nimirum is optaret eum servum, cui libertas a testatore relicta est; id autem periculum non subest in aliis legatis, quia si legatarius optionis eum servum optet, qui alteri nominatim lega-

tus est, utrumque legatum subsistet, et in eodem concurrent.

§ XIV.

Sed quid si testator seorsim fecerit duas diversas dispositiones generales, res autem aliquae extent, quae ad utrumque genus referri possunt, sub qua dispositione eaedem videbuntur contentae? Et videndum an illae res magis proprie ad unum, quam ad aliud genus referri possint, tunc enim ad illud referri debebunt, quo spectat *L.* 26 *ff. de aur. et arg. leg.* Testator uni legaverat omnes suas vestes, alteri omnia ornamenta, et insuper reliquerat res tales, quae inter vestes et inter ornamenta connumerari poterant: quaerebatur sub quo legato hae res continerentur: respondet J C., videndum utrum hae res sint tales, ut ex natura sua magis comparatae sint ut corpus tegant, quam ut illud ornent, an vero econtra magis comparatae sint ad corpus ornandum quam vestiendum; priori casu hae res continebuntur sub legato vestium, posteriori sub legato ornamentorum. Recte sane, quia semper inspiciendum est ad finem et usum, ad quem res illae ex natura sua destinatae sunt.

Quod si hae res sint tales, ut non magis ad unum genus quam ad aliud referri possint, tunc videndum quodnam genus ex illis latius pateat, quodnam vero minus late pateat: prius obtinebit locum generis, posterius locum speciei per *L.* 99 § *ult. ff. de leg.* 3, in qua dicitur: *si alii vernae, alii cursores legati sunt, si quidam et vernae et cursores sint, cursoribus cedant.* Reddit rationem, *semper enim species generi derogat*; id est quod legatum cursorum hic debeat videri speciale respectu legati quo vernae legati erant, quia scilicet legatum vernarum continet sub se servos prorsus diversi generis, inter vernas enim alii possunt esse textores, alii cursores; sed legatum cursorum tantum continet sub se servos ejusdem generis.

§ XV.

Secunda exceptio est: *si proferens se retulerit ad ea, de quibus praecedenter fuerat actum, aut etiam in sequentibus agetur*; tunc enim per haec verba generaliter prolata erunt restringenda, ne alias verba extendantur ultra intentionem loquentis: ejus rei exemplum praebet *L.* 47 § 1 *ff. de pactis*, ubi verba etiam generalissime concepta restringuntur ad ea, de quibus ante inter contrahentes erat actum.

§ XVI.

Tertia exceptio est: *quod verba generaliter prolata non comprehendant ea, de quibus verosimiliter loquens non cogitavit, ita ut, si cogitasset, ea comprehendere verosimiliter noluisset.* Sic sub hypotheca generali conventionali non continentur vestes aut supellex aliaeque res similes, quia credibile est quod si debitor de his cogitasset, eas obligare noluisset: sic iterum, si quis generaliter leget res suas omnes certi generis, aut speciei, tantum intelligetur legasse eas, quas suis usibus destinatas habebat, non etiam illas, quas forte venales habebat, et in quibus negotiationem exercebat; unde si aurifaber legaverit omne suum argentum, in dubio tantum intelligetur legasse illud argentum, quod suis usibus destinatum habebat, non illud quod venale habebat, et in quo negotiationem exercebat. Hanc in rem vide *L.* 32 § 4 *ff. de aur. et arg. leg.*, item *L.* 73 *ff. de leg.* 3.

§ XVII.

Quarta exceptio est: *si verbis in sua generalitate acceptis aliquid absurdi sequeretur, aut si nil esset actum*; *tunc enim ea ita restringenda sunt ut absurditas tollatur, et actus valeat*; haecque exceptio est quasi consequentia prioris, quia nunquam credendum quod eloquens aliquid absurdi voluerit, aut nil agere. Hinc si quis alicui donaverit omnes suas vestes, absurde donatarius contenderet sibi etiam deberi illam, quam donans de facto gestabat, nisi hoc nominatim esset expressum. Similiter, eum apud nos prohibitum sit manibus mortuis capere ex testamento ultra 500 florenos, si quis monasterio legasset omne argentum, quod in area habet, in ea autem reperiatur argentum signatum, sive pecunia et supellectilia argentea, dicemus pecuniam non comprehendi, si ea computata legatum excederet 500 florenos; quia credibile non est quod testator ultra legare voluerit quam legare posset. Hic etiam quaeri potest, quid si post enuntiationem generalem ei subjiciantur quaedam species sub eo genere contentae, an genus ad eas restringatur, ita ut aliae non debeantur, an vero debeant videri ex superabundanti expressae, ita ut nihilominus reliquae debeantur sub eodem genere contentae? Et si testator tantum unam, aut alteram speciem subjecerit, eae videbuntur ex superabundanti adjectae, ita ut nihilominus caeterae debeantur, juxta *L.* 9 *ff. de supell. leg.*, ubi J. C. sic ait: *legata supellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerantur, generali legato non derogatur.* Id etiam probat *L.* 12 § 46 *ff de instr. vel instrum. leg.*, ubi J. C. mentionem faciens regulae, quam Papinianus tradiderat in *L.* 9 *eit.*, sic loquitur: *si quis fundum, ita ut instructus est, legaverit, et adjecerit eum supellectili vel mancipiis, vel una aliqua re, quae nominatim expressa non erat, utrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non, quaeritur: et Papinianus respondet non videri minutum, sed potius ex abundanti adjectum*: recte sane, quia saepissime con-

tingit ut homines post enuntiationem generalem unam, aut alteram speciem subjiciant, quae sub eadem jam inde erat contenta, et tamen id non agunt, ut priorem enuntiationem generalem restringant, sed ex alia plerumque causa, scilicet saepe id faciunt, quia has res praecipue cordi habent sub illa enuntiatione comprehendere, ita ut has prae caeteris omnibus intentiori animo comprehendere velint. Similiter saepe contingit ut dubitetur an haec, vel illa species ad aliquod genus possit referri, vel ab aliis referatur ad illud genus, ab aliis non referatur, unde tunc ad tollendum omne dubium, ea nominatim exprimere solemus; unde ubi tantum una vel altera species generi subjecta est, id non creditur factum ad priorem enuntiationem generalem restringendam, alias enim verosimiliter eloquens non esset usus enuntiatione generali, sed species nominatim expressisset.

Obj. *L. ult §. ult. ff. de trit. vin. vel ol. leg.*, in qua dicitur: *quod si ita legatum esset, vinum amphorarium aminaeum, graecum et dulcia omnia: nil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, putat Labeo legatum ex collatione vini amphorarii, quod non improbo;* ergo, inferunt, species non debent videri ex superabundanti expressae ubi genus legatum est, alias enim hoc legato dulcia deberent comprehendi. ℟. quod hic legatum non restringatur ad species expressas, praeter enim vina expressa etiam alia vina, quinimo omnia poculenta dulcia sub hoc legato continentur, unde haec lex potius sententiam nostram confirmat, quam improbet: cur autem hic esculenta dulcia non comprehendantur, dicemus § *seq.*

Obstat etiam *L. 20 ff. de instruct. et instrum. leg.*, ubi testator per praeceptionem legaverat fundos instructos cum suis villicis et reliquis colonorum: postea codicillos fecerat, in quibus ita erat locutus: *postea mihi venit in mentem Sejae fundos quos reliqui, ita ut sunt instructi rustico instrumento, supellectile, pecore et villicis eum reliquis colonorum, et apothecam habere volo:* respondet J. C. non amplius deberi quam in codicillis subjecerat, postquam instructum fundum se legasse dixisset, ex quo volunt quod species expressae restringant genus, ita ut hae solae debeantur. Sed ℟. quod in casu genus intelligatur restrictum ad species expressas non vi legati, sed vi repetitionis in codicillis factae, in quibus testator non unam aut alteram speciem enumeraverat, sed omnes fere species sub genere contentas subjacerat; hinc merito J. C. credidit non alias, praeter expressas, deberi, tanto magis quod satis appareret quod testator veritus ne suam mentem sat clare expressisset in testamento, eamdem voluerit clarius exprimere in codicillis, et ita designare ea quae sub genere legato volebat comprehendi, id enim apparet ex verbis ipsius testatoris, dum dicit *postea mihi venit in mentem Sejae fundos etc.*

§ XVIII.

Quod diximus, species generi subjectas videri ex superabundanti expressas, patitur exceptiones; prima: ***si testator non unam aut alteram speciem simpliciter subjecerit, sed unam aut etiam plures res certae speciei sub genere contentas certo numero subjecerit ac enumeraverit.*** Exemplum petamus ex *L. 18 § 11 ff. de instr. vel instrum. leg.*, ubi testator fundum instructum legans nominatim mancipia legaverat, puta Stichum et Pamphilum: dicit J. C. quod quamvis testator alia adhuc mancipia habuisset ejus fundi excolendi gratia, attamen solus Stichus et Pamphilus debeantur; itaque tali casu legatum genericum restringit non quidem ad res expressas solas, sed ut ex ea specie, sub qua hae res continentur, hae solae debeantur; unde caeterae species sub genere contentae adhuc debebuntur, et ita in exemplo allegato caetera omnia, quae fundi instruendi vel colendi gratia parata sunt, debebuntur, praeter mancipia, ex quibus solus Stichus et Pamphilus debebuntur. Ratio est, quod hoc ipso quo testator nominatim legavit Stichum et Pamphilum, satis apparet quod putaverit sub legato fundi instructi non contineri mancipia, alias enim inutiliter Stichum et Pamphilum annumerasset, unde caetera mancipia, utpote non legata, non debentur; quod etiam J. C. insinuat in fine legis, dum ait *quod appareret non intellexisse patremfamilias instrumento quoque servos adnumeratos esse.* Simile adhuc exemplum proponitur in *L. 100 § 1 ff. de leg. 3.*

Id etiam erat quod Papinianus volebat in *L. ff. de supell. leg.*, de qua ante, quando dicebat: *si tamen species certi numeri demonstratae fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur;* prosequitur, *idem servabitur, instructo praedio legato, si quaedam species numerum certum acceperint;* ecce proponit praecise idem exemplum, quod proponebat in *d. L. 18*, idemque in eo statuit.

Exceptio altera est: ***si forte genus sit tale quod sub se duas continet classes aeque late patentes et aeque principales, ut merito dubitetur an propositio generalis accipienda sit de alterutra tantum classe, an vero simul de utraque, tune si subjectae sint aliquae species, quae pertineant ad unam et eandem classem, genus restrictum videtur non quidem ad species expressas, sed ordinariis ad eam classem, sub qua dictae species continentur:*** dixi *ordinaria*, quia videndum quomodo species generi subjectae sint, an v.g. tamquam constituentes unum et idem legatum, et quasi sub genere jam inde contentae; an vero tamquam constituentes diversum legatum. Utamur exemplo *L. ult. § ult. ff. de trit vin. et ol. leg.*, ubi testator sic dixerat: *lego vinum amphorarium, aminaeum, graecum et dulcia omnia*, genus dulcium sub se

continet duas classes dulcium, idque aeque principaliter, esculentorum nempe et poculentorum; unde quia testator enumerat tales species, quae omnes referuntur ad classem poculentorum, tantum intelliguntur poculenta dulcia, ex formula enim qua testator usus est sat patet, quod unicum legatum ordinare voluerit. Si vero testator subjecerit species tamquam constituentes diversum legatum, jam si species illae referantur omnes ad unam eandemque classem, nil praeter expressas debebitur: utamur eodem exemplo: testator sic dixit, *lego dulcia omnia, item vinum amphorarium, aminaeum, graecum*; nil praeter expressa debebuntur, quia hoc ipso sufficienter apparet testatorem legatum generale solummodo intellexisse de classe opposita, sive esculentorum, et proinde sola esculenta vi legati generalis praestanda venient.

Si autem generi, non una alterave species, sed fere omnes quae eo genere continentur enumeratae sint, ex eo genere nil praeter enumeratas debebitur; tunc enim non potest testator eas videri per inadvertentiam aut ex superabundanti expressisse, alias enim non tam exactus fuisset in iis enumerandis, unde non potest videri aliam fuisse mentem loquentis, quam ut genus ad expressas restringeret; quod probat *L.* 20 *ff. de instr. et instrum. leg.*, quae est Scaevolae, item *L.* 18 § 13 *ff. eod.*, in qua Paulus sententiae Scaevolae mentionem faciens eam confirmat, idque etiam insinuabat Ulpianus in *L.* 12 § 46 *eod.*, dum dicit *cum supellectili vel mancipiis vel una aliqua re*, hoc ipso insinuat aliud esse dicendum, si non una, aut altera species subjecta esset, sed pleraeque sub eo genere contentae.

§ XIX.

Quaeri hic potest, an sub dispositione generali contineantur ea, quae tantum improprie ad id genus referuntur? Et generaliter dicendum ea non contineri (*L.* 25 § 1 *ff. de instr. et instrum. leg.*, *L.* 3 *princ. ff. de trit. vin. vel oleo leg.*, item *L.* 33 *ff. de auro et arg. leg.*), quia creditur quisque in dubio usus verbis in propria significatione. Haec regula praesertim locum habet in contractibus; in his enim, quamvis alteruter contrahentium ea quae tantum improprie sub eo genere de quo agitur continentur, ad illud tamen solitus esset referre, non tamen propterea illae continebuntur, hucque referri potest *L.* 110 § 1 *ff. de verb. oblig.*

Aliud servabitur in ultimis voluntatibus; in his enim, si testator in vita sua ea, quae tantum improprie sub genere continentur, ad illud tamen referre solitus esset, tunc si genus illud legaverit, etiam ea continebuntur. Ratio differentiae inde provenit, quod ultima voluntas perficiatur sola voluntate testatoris, atque adeo ejus solius voluntas est inspicienda; unde cum tempore vitae suae haec sub eo genere comprehendere soleret, etiam in legando eadem comprehendisse credetur. At contractus et actus caeteri inter vivos non perficiuntur, nisi utriusque contrahentium voluntate, et ideo utriusque voluntas est inspicienda; unde alter contrahentium recte dicet quod ea sub eo genere comprehendere non intenderit, et ita, cum etiam ex proprietate verborum non contineantur, ipse sane erit audiendus.

Quae diximus de ultimis voluntatibus nituntur *L.* 1 et *L.* 9 *ff. de trit. vin. et ol. leg.*, quibus non obstat *L.* 3 *ff. eod.*, in qua dicitur: *si cui vinum sit legatum* 100 *amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem empturum et praestiturum, non acetum, quod vini numero fuit*. Dicit ergo J. C. quod quamvis acetum vini numero sit, illud non veniat praestandum; ex quo videtur sequi quod, quamvis testator ea quae improprie sub genere legato continentur ad illud solitus esset referre, illa tamen in eo non contineantur; sed hoc minime sequitur, eum non possint leges hae esse contrariae, utpote ejusdem Ulpiani; is enim in *L.* 1 *et* 9 clare tradit quod, si testator acetem vini numero habuerit, illud debeatur si generaliter vinum legatum sit: dicendum itaque illa verba *quod vini numero fuit* in *L.* 3 ita esse intelligenda, ut non ipse testator acetum vini numero habuerit, sed alius, puta heres vel legatarius; atque ita eum haec consuetudo heredis, vel legatarii nullo modo influat in voluntatem testatoris, ea efficere nequit ut etiam acetum videatur comprehensum sub generali legato vini.

De caetero, ubi testator in vita sua ea, quae improprie tantum sub aliquo genere continentur, ad illud solitus non esset referre, sequimur regulam supra positam, scilicet quod ea sub genere non videantur comprehensa.

§ XX.

Exceptio tamen ab ea regula est: *nisi testator vel contrahentes aliquo modo ostenderint, quod haec etiam sub genere de quo agitur vellent comprehensa, tunc enim dubitandum non est quin eodem sub genere debeant comprehendi*. Id autem fieri potest, vel expresse, vel tacite: si illud fiat expresse non est difficultas; tacite autem id factum videbitur, si loquens a genere quaedam exceperit, quae tantum improprie sub eo continebantur; tunc enim caetera ejusdem generis, quae excepta non sunt, sub eodem videbuntur comprehensa, quamvis tantum improprie ad id genus possent referri; v. g. si quis hoc modo legaverit, Titio lego omne vinum meum, excepta cerevisia lovaniensi, caeterae cerevisiae sub eo legato continebuntur, quamvis tamen haec tantum improprie sub vino legato contineantur; hoc ipso enim quo testator excepit cerevisiam lovaniensem, satis osten-

dit quod nomine vini intelligeret omnes potiones ad usum quotidianum comparatas; alias enim si tantum intellexisset vinum stricte dictum, ridicole excepisset cerevisiam lovaniensem, cum eadem sub vine stricte dicto non contineatur.

§ XXI.

Altera exceptio est: *si illa, quae tantum improprie ex natura sua sub genere continentur, per legem aut consuetudinem sint exaequata iis, quae proprie sub genere continentur*. Hujus exemplum habemus in *L. 24 ff. de usu et usufr. leg.*, ubi proponitur legatus ususfructus bonorum omnium: quaerebatur an etiam intelligeretur legatus ususfructus rerum fungibilium, puta pecuniae; stricte enim loquendo non poterant sub usufructu legato videri comprehensae, cum in his rebus non possit constitui verus ususfructus, utpote quae ipso usu consumuntur; quia tamen senatusconsultum mediante cautione etiam in his rebus introduxit quasi usumfructum, ideo hodiedum sub legato bonorum omnium ususfructus, etiam quasi ususfructus rerum fungibilium intelligitur legatus, per senatusconsultum enim haec inter se exaequata sunt.

Hic opportuno proponi potest quaestio, an sub dispositione generali, non praesentia tantum, sed et futura contineantur? Hic attendenda sunt verba; si enim verba in futurum concepta sint, aut etiam utrumque tempus et praesens et futurum junctum sit, sane dubitari non potest quin etiam futura comprehendantur. Quod si verba in futurum concepta non sint, sed in praesens, vel simpliciter, ita ut nullum determinatum tempus respiciant, in dubio dicendum futura non comprehendi (*L. 125 ff. de verb. oblig.*, *L. 69 ff de contrah. empt. vend*), non tantum in contractibus sed etiam in ultimis voluntatibus, uti probant *LL. 7 et ult. ff. de aur. et arg. leg.*; idemque multo magis dicendum, si verba in praeteritum concepta sint (*L. 28 § 2 de libert. leg.*). Ejus ratio est quod loquentes tantum credantur respexisse ad praesentia, non ad futura, quia qualia et quanta futura sint adhuc ignoratur, quinimo an forte aliquande sint extitura, unde futura minus animo solemus agitare, sed potius praesentia consideramus; ubi itaque verba nullo modo futurum designant, etiam eloquens ad futura respexisse non creditur. Nec obstat *L. 8 § ult. ff. de pec. leg.*, in qua sic ait J. C.: *utrum autem id demum peculium accipimus quod mortis tempore fuit, an vero et id quod postea accessit*: quaerit an sub peculio legato etiam ea quae postea accesserant continerentur: et respondet eadem contineri; ex quo videretur quod sub enuntiatione generali contineantur futura. Sed dicimus hic esse exceptionem a regula supra posita, scilicet hic agitur de universitate, nempe de peculio, quod cum augmentum et decrementum recipiat, non mirum si ea, quae postea accesserunt, debeantur, quia nihilominus intelligitur eadem universitas; sic idem contingit in grego legato, quamvis enim omnia capita sint immutata, nihilominus tamen substituta debebuntur, quia semper intelligitur idem grex.

Nec obstat *L. 19 ff. h. t.*, in qua dicitur quod si cognatis legatum relictum sit, etiam illis cognatis legatum debeatur, qui tempore facti testamenti cognati non erant, sed coeperunt esse ante mortem testatoris. Sed hoc ideo quia in cognatis, qui postea esse coeperunt, eadem ratio militat, quae faciebat pro illis qui erant cognati tempore conditi testamenti; credendus enim est testator legande motus vinculo sanguinis et familiae, jam autem posteriores eodem vinculo testatori junguntur.

Neque etiam obstat *L. 19 ff. de instr. vel instrum. leg.*, in qua proponitur testatorem legasse mancipia, quae tunc in fundo essent, et deciditur inducta postea mancipia deberi; nam quod in casu mancipia postea inducta debeantur, inde est, quod testator legaverit fundum instructum cum mancipiis, qui tunc ibi essent; unde quod mancipia postea inducta quoque debeantur, id ideo est quod testator fundum legasset instructum, uti etiam J. C. animadvertit in fine legis, dum dicit *caeterum instrumento fundi etc*. Nec quis dicat quod testator voluerit restringere legatum ad mancipia sola, quae in fundo erant, cum, ut J. C. animadvertit, mancipiorum mentionem non fecerit minuendi legati causa, sed augendi, quatenus aliqui dubitabant, ut constat ex *L. 12 § 2 eod.*, an sub legato fundi instructi etiam mancipia fundi colendi causa parata continerentur.

Tandem non obstat *L. ult. cod. quae res pign. oblig. poss.*, in qua dicitur *sub hypotheca generali omnium bonorum etiam futura comprehendi*; quia illius specialis est ratio in eo consistens, quod olim apud Romanos moris esset, ut qui hypothecam generalem constituerent, non tantum obligarent praesentia, sed etiam futura, ita ut vix aliter hypotheca generalis constitueretur. Hinc factum est, ut ubi mentio de futuris facta non esset, tamen etiam futura tacite subintelligerentur; ea enim quae moris et consuetudinis sunt inesse intelliguntur, et quamvis forte omissa sint, id praesumitur factum per inadvertentiam.

§ XXII.

Si unum idemque verbum habeat plures significationes diversas, sed unam magis propriam altera, tunc illud erit accipiendum in propria sua significatione, nisi aliquid obstet. Non tamen intelligimus quod verba semper sint accipienda in grammaticali et litterali significatione, sed secundum eam, quam habent in communi ac vulgari loquendi usu; similiter etiam non semper verba sunt

Digitized by Google

accipienda in nativa ac primaeva sua significatione, sed in ea quam hodiedum ex communi loquendi usu habent, aut saltem eo tempore quo verba prolata fuerunt; unde in documentis antiquis verba non sunt accipienda in hodierna significatione, sed in ea quam habebant eo tempore quo fuerunt confecta, saepe enim contingit ut usus loquendi varietur ex successu temporis. Diximus verba accipienda in propria significatione sua, nisi aliquid obstet; videamus ergo quaenam obstare possint; et in primis materia ac res ipsa de qua agitur, cujus, ut ante diximus, tanta vis est, ut aliquando verba sint accipienda in significatione metaphorica vel figurata. Huc referri potest *L.* 15 § 4 *ff. locat. cond.*, in qua verbum *dare* propter materiam subjectam accipitur in impropria significatione, ita ut non contineat liberalitatem, sed potius transactionem; item *L.* 52 § 4 *ff. de leg.* 3, in qua nomine *chartarum* etiam libri intelliguntur legati.

Aliam quoque interpretationem necessitat causa finalis et impulsiva negotii, quo spectat *L.* 50 *ff. de leg.* 3, in qua proponitur legatum a matre relictum filio impuberi, *cum is in suam tutelam venerit*; causa autem cur mater sic legaret fuerat, quod suspectam haberet mariti sui vitam, et ita ejus administrationi haec bona relinquere nolebat; dicit J. C. quod, quamvis ordinarie haec verba importent tempus pubertatis, attamen hic accipienda sint cum is in suam potestatem venerit, et a patria potestate fuerit liberatus, quia alias mater non obtinuisset scopum et finem, quem intenderat; nam quamvis ea, quae a matre vel propinquis maternis proveniunt, filius acquirat pleno jure, tamen quamdiu filius remanebat in potestate, administratio horum bonorum remanebat penes patrem, et ita ea bona fuissent huic periculo, quod mater legando evitare voluit.

§ XXIV.

Si unum idemque verbum non habeat quidem diversas significationes, sed unam latiorem, aliam strictiorem, tunc, si causa ex natura sua favorabilis sit, latior interpretatio facienda erit; si autem sit odiosa, strictior interpretatio est facienda. Hinc in causa dotis, vel libertatis plerumque latior interpretatio fieri debet, quia hae causae ex natura sua reputantur favorabiles, eoque spectant *LL.* 20, 85, 122 *et* 179 *ff. de reg. jur.*

In testamentis quoque plenius voluntatem testatoris solemus interpretari, quia quae in testamento relinquuntur, solent relinqui ex affectione, liberalitatemque continent, quae non restringenda, sed potius amplianda videntur. Unde aliud dicendum in donatione, in qua strictior interpretatio facienda est, quatenus donantem gravet; huc allegari potest exemplum de alimentis legatis, sub quibus non tantum continentur cibaria, sed etiam vestitus et habitatio (*L.* 6 *et ult. ff. de alim. vel cib. leg.*); aliter sane respondendum foret, si alimenta essent promissa, tunc enim in dubio diceremus sola cibaria contineri.

§ XXV.

Quod si in uno et eodem negotio occurrat aliquid favorabile et odiosum, tunc videndum erit quodnam alterum vincat, et secundum id facienda erit interpretatio; eodem fere modo uti contingit, quando in uno et eodem casu occurrunt duae regulae juris contrariae, praeferenda enim est illa quae apparet fortior; quod si neutra alteram vincat, strictior interpretatio facienda erit, jura enim proniora sunt ad liberandum quam ad obligandum, item in pari causa melior est conditio debitoris quam creditoris.

§ XXVI.

Dubium ex verbis etiam oritur ex eo, quod oratio sit nimis vaga vel incerta, quod contingit plerumque ex eo, quod non sit designata species, aut non adjecta qualitas, aut quantitas rei de qua agitur. Sic si quis generaliter ac indefinite legaverit vel promiserit fundum aut servum, ita ut non determinaverit de quo fundo vel servo senserit, tunc distinguendum est utrum ea res determinatam a natura formam habeat, an secus: et primo casu stipulatio uti et legatum valebit, sic quidem ut in stipulatione electio promissoris sit. In legatis vero jure veteri distinguebatur inter legatum vindicationis et damnationis, ut scilicet in legato vindicationis electio esset legatarii, in legato damnationis vero heredis. Ratio differentiae erat, quod in legato vindicationis verba dirigerentur ad legatarium, et ideo testator ei credebatur voluisse dare electionem; in legato damnationis autem verba dirigebantur ad heredem, et ideo credebatur testator ei voluisse dare electionem; sed an haec differentia hodiedum subsistit inter haec legatorum genera? Ratio dubitandi est quod imperator in *L.* 1 *cod. comm. de leg.* haec legatorum genera inter se exaequaverit, et differentias quae olim intercedebant abstulerit, unde plurimi contendunt hanc differentiam esse sublatam; sed verius est eam adhuc remanere, quia scilicet *L. cit.* tantum videtur pertinere ad illas differentias, quae extrinsecus intercedebant, puta quoad res quae legari possent, et actiones quibus peti poterant, non etiam ad illas differentias, quae proveniunt immediate ex voluntate testatoris, uti verba ipsius legis satis videntur insinuare, dum dicit *ut omnibus modis voluntati ejus satisfiat.* Ex quibus sufficienter apparet quod scopus imperatoris non fuerit contravenire voluntati defuncti, sed econtra eam promo-

Digitized by Google

vere; in nostro autem casu differentia illa provenit immediate ex voluntate defuncti, quao consequenter remanere debet, alias imperator voluntatem defuncti non promovisset, sed evortisset.

Non obstat § 22 *inst. de leg.*, in quo dicitur: *si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit;* quia sufficienter testator aliud dixit dum verba direxit ad heredem; non enim imperator voluit ut expresse contrarium sit dictum, cum in toto jure semper oadem soleat esse vis taciti quae expressi, praesertim quando agitur de voluntate.

Non obstat etiam *L.* 108 § 2 *ff. de leg.* 1, ubi dicitur *electionem esse illius, cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii:* jam autem hodiedum in quocumque legato, sive sit damnationis, sivo vindicationis, in arbitrio legatarii est qua actione uti velit, ex quo videretur sequi electionem semper ad legatarium pertinere; quod tamen falsum est, quia J. C. in his verbis non voluit dicere rationem cur electio pertineret ad legatarium, sed tantum voluit designare eum, cujus esset electio; jam autem id verum erat tunc temporis, cum in solo legato vindicationis electio esset legatarii qua actione uti vellet.

Id tamen notetur, quod si testator aliquas res ejus generis reliquerit, tunc sive electio sit heredis, sive legatarii, eligi debeat una ex his quas testator reliquit; quisque enim in dubio potius intelligitur de suo, quam de alieno legasse.

§ XXVII.

Si autem res talis sit, quae determinatam a natura formam non habet, tunc in contractibus nil erit actum, ut probant *L.* 115 *ff. de verb. oblig.*, *et L.* 69 § 4 *ff. de jure dot.* In legatis erit distinguendum utrum sit genus summum, an subalternum: genus summum est quod sub se continet res diversae prorsus speciei, uti est *fundus*, qui comprehendit sub se hortos, sylvas, agros, prata etc.; subalternum autem est quod comprehendit res ejusdem speciei sive individuas, ut equus, quo vocabulo non animalia alia veniunt quam equi, et hoc posteriori casu legatum valebit, si modo testator aliquas ex his rebus in suo patrimonio reliquit, caeteroquin non valebit; priori casu putem indistincte legatum non valere, sive testator aliquas ex his rebus in suo patrimonio reliquerit, sive non; idque probat *L.* 69 § 4 *ff. de jure dot.*, ubi dicitur, *quod si generaliter fundus legatus sit vel in stipulationem deductus nullo fundo determinato, legatum uti et stipulatio sit nulla.*

§ XXVIII.

Dubium oritur ex verbis, propter non adjectam qualitatem, v. g. si quis promiserit, vel legaverit decem lagenas vini, nec adjecerit qualitatem vini, an sit vinum burgundicum etc., vetus, vel novum; et his casibus legatum uti et promissio valebunt, sic tamen ut promissor, vel heres dare possint decem lagenas ejus vini quod voluerint; in legato tamen, si testator aliquas species vini reliquerit, ex iis quae testator reliquit heres eligere debebit.

§ XXIX.

Dubium etiam oritur propter non adjectam quantitatem. Hic apprime videndum utrum res de qua agitur talis sit, ut ex natura sua sufficienter sit determinata, aut ab ea determinari possit per aliud ad quod refertur; sic si relicta sint alimenta, quamvis non sit adjecta quantitas alimentorum, alimenta tamen debebuntur pro necessitate, qualitate et conditione illius cui relicta sunt; si autem illa res neque ex natura sua determinata sit, neque etiam ad aliud referatur, quo ejus quantitas determinari possit, tunc legatum et stipulatio non valebunt propter nimiam incertitudinem. In legatis tamen iterum notandum, quod si testator aliquas ex his rebus habuerit, illae omnes debeantur quas testator reliquit; v. g. testator legavit alieni vinum non adjecta quantitate, si testator vinum habuerit, debebitur omne vinum quod testator reliquit, quia de hoc vino intellexisse legatum praesumitur; unde hic non est exceptio proprie dicta a regula, quam proxime posuimus, sed pertinet ad priorem regulam, quatenus testator praesumitur legatum intellexisse de suo vino, et ita legatum saltem est certum per relationem ad aliud.

§ XXX.

Sequitur altera pars tituli, quae agit de dubio ex re, de eo scilicet, quod oritur ex eventu postea eveniente, qui praevisus non est: exemplum habemus in *L.* 5 § *ult. et LL.* 6 *et* 7. Testator instituerat Titium et posthumum heredem: decidit J. C. *quod si posthumus non nascatur, is partem Titio non faciat, et ita Titius totum sit habiturus, si autem natus fuerit, tum Titius dimidiam, et posthumus totidem habebit:* postea quaerit quid si forte contigerit plures posthumos simul nasci, quanta cuique pars debeatur; hic casus a testatore praevisus non erat, unde ex verosimili ejus voluntate decidi debet; dicit autem J. C. *Titium tantam partem habiturum quantam quisque posthumus;* cum enim Titium et posthumum simul instituerit, satis apparet quod Titium non plus dilexerit quam posthumum, atque adeo, cum etiam quemque posthumum aequaliter dilexerit, Titius non plus habere debet quam quisque posthumus; si itaque nascantur duo posthumi, Titius habebit unam tertiam, si tres, unam quartam, et sic de caetero.

Neque obstat *L.* 13 *ff. de hered. inst.* Ibi sup-

ponitur, quod quis instituerit Titium et fratris filios, et dicitur quod Titius sit habiturus dimidiam, at fratris filii quanticumque sint alteram dimidiam; etenim disparitas est quod fratris filii hic vocati sint nomine collectivo, quo ipso testator sufficienter ostendit quod illos simul consideraverit per modum unius, et ita Titio aeque multum praestari voluerit, quam omnibus filiis fratris simul; ast posthumi in casu nostro non sunt vocati collective, sed simpliciter, atque ita testator satis ostendit quod Titium non plus dilexerit quam singulum posthumum.

§ XXXI.

Dubium ex re praesertim provenit in commorientibus, ita ut non appareat quis primo, quis ultimo mortuus sit: tali casu autem regula sit, *quod neuter alteri supervixisse praesumatur, nisi contrarium probetur*, quia in jure nostro periode habetur non esse et non apparere; haecque regula confirmatur per *L.* 32 § 14 *ff. de don. inter vir. et ux.*, in qua J. C. supponit maritum uxori suae donasse inter vivos, et postea non revocata donatione conjuges simul decessisse, naufragio puta, ita ut non appareat quis prior esset mortuus: quaerebatur an heres mariti posset donata repetere? Et respondet J. C. eum non posse; notandum quod de jure romano donatio inter virum et uxorem quidem esset nulla, sed si revocata non esset, per mortem donantis confirmabatur, nisi donatarius esset praemortuus donatori: cum autem in casu vir et uxor simul essent mortui, ita ut non appareret uter prior decesserit, non poterat dici uxor praemortua donatori, itaque donatio firma manere debebat: huc adhuc spectant *LL.* 16, 17, 18 *ff. h. t.*, quae omnes confirmant regulam supra traditam. In *L.* 18 § 1 *ff. h. t* J. C. proponit hunc casum. Dominus simul cum servis naufragio decesserat, ita ut non appareret quis prior esset mortuus: quaerit J. C. utrum hi servi computandi sint in patrimonio domini in ordine ad deductionem quartae Falcidiae: exemplo res clarior fiet. Ponamus quod dominus haberet 400 in bonis, quod illi servi valerent 100, dominus autem legaverit 300; si servi illi computandi sint in patrimonio, deductioni Falcidiae locus non erit, nun enim invenitur legasse ultra dodrantem; si autem in patrimonio computandi non sint, Falcidiae locus erit, quia tunc totum patrimonium legatis erit exhaustum: utrum autem servi essent computandi in patrimonio dependebat ab eo, an illi possent videri domino supervixisse; si enim vel momento domino supervixerint, heres quartam Falcidiam deducere non poterat, quia pro deductione quartae unice inspicimus tempus mortis: J. C autem respondet servos in patrimonio non debere computari; consequenter heredem deducturum quartam Falcidiam, et recte; cum enim supponantur simul mortui, nullus alteri creditur supervixisse.

Nec quis objiciat quod cum simul credantur mortui, dominus decesserit vivis adhuc servis, quia momentum mortis adscribitur vitae, et ita tempore mortis servi adhuc fuerunt in patrimonio morientis; etenim tunc temporis ita erant in patrimonio, ut illo ipso instanti in patrimonio esse desinerent, atque ita in effectu in patrimonio esse videri non debebant. Insuper, saltem ex mente legis Falcidiae, non poterant videri fuisse in patrimonio tempore mortis, lex Falcidia enim heredem invitare voluit ad adeundam hereditatem; unde cum statim a momento mortis heres videat hereditatem exhaustam legatis, si in casu servi mortui in patrimonio computarentur, is non posset deducere quartam Falcidiam, et sic nunquam potuisset invitari ad adeundam hereditatem.

Nec quis dicat idem contingere posse, ubi servi suot mortui post testatorem, antequam tamen sit adita hereditas; nam disparitas est quod ubi servi supervixerunt testatori, adfuerit aliquod tempus, quo heres invitari posset ad adeundam hereditatem, nimirum id quod intermedium fuit inter mortem testatoris et mortem servorum; ast in casu thesis, ubi servi simul cum domino mortui sunt, nullum unquam adfuit tempus, quo heres invitari potuit ad adeundam hereditatem.

Sunt tamen aliquae exceptiones a regula supra posita. Prima est *quando parentes una cum liberis simul mortui sunt, ita ut non appareat quisnam prior mortuus sit, tunc si liberi sint impuberes, parentibus praemortui creduntur*, idque ideo quia similis aetas minus resistere potest casibus fortuitis; *ubi autem liberi sunt puberes, parentibus supervixisse creduntur*, quia juxta ordinarium naturae cursum parentes liberis praemori solent; ordo autem ille naturae non praesumitor immutatus donec contrarium probetur. Haec distinctio aperte fundatur in *LL.* 9 § *ult. et* 22 *ff. h. t.*

Ad priorem distinctionis partem pertinet *L.* 26 *ff. de pact. dot.*; ad secundam pertinet *L.* 9 § 1 *ff. h. t.*; quamvis enim J. C. ibidem non addat filium fuisse puberem, attamen sufficienter colligitur ex eo quod filius in bello cum patre periisset, impuberes autem ad bellum duci non solent

Praedictis obstat *L.* 17 § 7 *ff. ad S. C. Treb.*, in qua dicitur quod si quis sit gravatus fideicommisso sub conditione, si sine liberis decesserit, et fiduciarius simul cum filio mortuus sit, filius intelligatur patri praemortuus, et ita fideicommisso locus sit, nec distinguit J. C. an filius esset pubes, an impubes. R. Hic est exceptio a praedicta regula: ratio autem exceptionis haec est, quod voluntas testatoris heredem fiduciarium gravans fideicommisso sub tali conditione haec fuerit, ut sua hereditas omnimode ad fideicommissarium perveniret, nisi fiduciarius reliquisset liberos super-

stites, ad quos sua hereditas pervenire posset; quod in casu non contingit, ubi pater fiduciarius heres simul cum liberis mortuus est; his addi potest quod id specialiter receptum sit in favorem fideicommissi, quod leges semper benigne solent interpretari, et in q io multa alia in jure nostro specialiter recepta sunt.

Altera exceptio a praedicta regula proponitur in *L.* 9 § 2 *ff. h. t.* Praenotandum quod ubi libertus decesserat sine liberis, patronus ad ejus successionem ab intestato admitteretur. In illa lege proponit J. C. quod libertus simul cum filio perierit, et quaerit quis ad hereditatem liberti sit admittendus, an patronus, an vero mater liberti tamquam heres legitima filii sui. Respondet J. C. patronum esse admittendum; id autem specialiter in favorem patroni receptum est, satisque apparet ex ratione, quam J. C. subjicit, dum dicit *ex reverentia patroni suggerente dicimus*.

TITULUS VI.

DE HIS QUAE POENAE CAUSA RELINQUUNTUR.

Paena dupliciter solet adjici legato, vel fideicommisso: aliquando adjicitur ut legatum aut fideicommissum tanto certius effectum habeat, et hanc poenam semper licuit legatis aut fideicommissis adjicere, juxta *L.* 1 § 8 *ff. ad legem Faleid.*, in qua testator sic dixerat: *heres meus Sejo penum dato, si non dederis, decem dato*, qua aperte statuitur legatum valere, scilicet testator poenam adjecerat in securitatem legati, quo penus legata erat.

Aliquando poena adjicitur non in securitatem legati, sed heredis coercendi gratia, ut scilicet heres per eam adstringatur ad aliquid faciendum, v. g. *heres meus, si filiam suam matrimonio Titio collocarit, Maevio decem dato*: legatum sic relictum, quod vocatur *poenae nomine*, olim non valebat, ut constat ex § *ult. inst. de leg.*, et *L. ult. cod.* et *ff. h. t.* Aliqui tamen putant Justinianum, vel potius Tribonianum hic errore lapsum esse, contendunt nimirum legatum poenae nomine tunc demum jure veteri non valuisse, si poena aliquid impossibile vel turpe contineret, caeteroquin valuisse, atque adeo imperatorem in citata *L. ult. cod. h. t.* nihil novi introduxisse. Sed contrarium constat ex *Fragm. Ulp. tit.* 24 § 17, ubi postquam dixerat *poenae causa legora non posse*, dicit, *legatum poenae causa esse, quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quidem aut non faciat, non ut legatum pertineat*, (id est non ut legatum certiorem exitum habeat), *ut puta hoc modo, si filiam tuam in matrimonio Titio collocaveris, decem millia Sejo dato:* hoc exemplum legati poenae nomine certe nil impossibile aut turpe includit, et tamen J. C. satis insinuat ita legari non posse. Textus, qui alios in contrarium movit, est *L.* 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur *filiofamilias vel servo herede instituto, etiamsi in patris dominive poenam illicita vel probrosa datum est, nullius momenti legatum esse*; ergo, inquiunt, si non illicite vel probrose datum est, valet; ast imprimis notandum ibi tantum esse argumentum a contrario sensu, quod non valet contra textus expressos: praeterea verba *illicite vel probrose* continent interpretationem Triboniani, nec sunt J. C., Tribonianus scilicet ea adjecit, ut hanc legem accommodaret juri novo per Justinianum introducto, quod adhuc saepe in jure nostro contingit, ut in *L.* 18 *cod. de transact.*, ubi adulterium refertur inter crimina capitalia, quod tunc temporis non obtinebat, sed multo post a Justiniano fuit statutum. Id igitur immutatum est per Justinianum in *cit. L. ult.*, ita ut legatum poenae nomine relictum hodiedum valeat, nisi poena aliquid impossibile vel turpe contineat, tunc enim legatum non valet, prout jure veteri in quocumque legato obtinebat; et marito hoc casu placuit non valere legatum, inconveniens enim videtur ut heres propterea gravetur legato, quod non fecerit aliquid impossibile vel turpe.

Neque obstat quod si legatum relictum sit sub conditione impossibili, conditio detrahatur, et legatum valeat, poena autem in se conditionem contineat; nam disparitas est, quod ideo conditio impossibilis detrahitur, ne alias propterea quod non fecerit aliquid impossibile, legatarius amittat legatum. Praeterea conditio non imponitur heredi, sed legatario, atque adeo legatario favorabile erat conditionem detrahi, ut admitteretur ad legatum; ast poena, quamvis conditionem contineat, non imponitur legatario, sed heredi; huic autem favorabile non est eam detrahi, si enim detraheretur, legatum praestare deberet.

Ex his patet differentia inter conditionem et poenam, sed aliquando dubitatur an conditio contineat poenam, an vero meram conditionem, quod etiam J. C. animadvertit in *L.* 2 *ff. h. t.*, ubi dicit quod ut id dignoscatur, attendenda sit voluntas testatoris; sic ait, *poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio, an translatio sit ex voluntate defuncti apparet*.

Si legatum relictum sit hoc modo, *heres meus, si filiam suam non collocarit Titio, decem dato*, aliquando legatum tale potest esse poenae nomine, aliquando sub conditione relictum: erit legatum poenae nomine, si id adjectum sit heredis coercendi gratia, ne filiam suam nubere impediat; erit conditionale, si ab eventu voluerit suspendere legatum, forte ideo quia cogitabat quod si filia ejus nuberet, pecunia indigeret ut eam dotaret. Quod si non appareat de voluntate testatoris, in dubio dicendum potius intelligi legatum conditionale, quam poenam.

TITULUS VII.

DE REGULA CATONIANA.

Regula Catoniana sic concepta est: *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocumque decesserit, non valere* (*L.* 1 *ff. h. t.*). Cum ea videtur coincidere regula, quae traditur in *L.* 29 *ff. de reg. jur.*, quae sic habet: *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Scilicet illa regula in contractibus ex natura eorumdem locum habet, siquidem contractus ab initio vires capiant, non item legata, quae tantum post mortem confirmantur; unde in legatis ex natura ipsorum haec regula non credebatur debere habere locum; Cato tamen hanc regulam ad legata credidit extendendam; hinc est, quod in legatis praesertim haec regula Catoniana dicatur.

Haec regula non tantum ad legata pertinet, sed etiam ad institutiones, ut satis clare probat *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi J. C. dicendo eam non pertinere ad institutiones conditionales, satis aperto insinuat eam pertinere ad institutiones pure factas. Neque obstat *L.* 3 *ff. h. t.*, in qua dicitur *Catoniana regula non pertinet ad hereditates;* quia verosimiliter cum Cujacio loco *hereditates* legendum *libertates*, quod videtur confirmari iis, quae postea subjicit; dicit enim *hanc regulam non pertinere ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem;* jam autem dies legatae libertatis non cedit a morte testatoris, sed ab adita hereditate tantum.

Haec regula non tantum respicit personas quae disponunt, sed etiam eas in quorum favorem fit dispositio, uti et res ipsas super quibus fit dispositio, in tantum quidem, ut si illae res postea fiant dispositionis capaces, dispositio tamen ante facta inutiliter non valeat; unde si quis mibi legaverit rem, quae testamenti tempore mea erat, legatum non valebit, cum nemini res propria legari possit, neque propterea convalescet legatum quod postea mea esse desierit. Neque obstat *L.* 1 § *ult. ff h. t.*, in qua dicitur: *si tibi legatus sit fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset;* nam haec verba *si eum vivo testatore alienaveris* non continent verba J. C., sed testatoris, qui sub hac conditione legatum reliquerat, ut patet ex eo quod J. C. hunc § jungat praecedenti per particulam *item*; in § antecedenti agebat de casu, quo legatum erat sub conditione relictum; ergo etiam de tali legato agit in nostro §; jam autem, ut statim dicemus, regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet.

Non pertinet haec regula ad ea legata, quorum dies non cedit a tempore mortis; hinc est, quod non pertineat ad legata conditionalia, neque ad ea legata, quae ex die incerto relicta sunt, quia hic dies facit conditionem, et impedit cessionem. Ex eadem ratione non pertinet ad legatum ususfructus, usus, vel habitationis, uti nec libertatis, quia horum omnium dies non cedit a tempore mortis, sed ab adita hereditate; unde etiam, si servo, cui hereditas data erat, legatum relictum sit, nec ad hoc legatum regula Catoniana pertinebit, quia hujus dies cedit ab adita hereditate, cum ei insit conditio *si haereditas adeatur*. Exceptio tamen esset, si suus heres esset institutus; cum enim hic ipso jure existat heres, hujus legati dies cederet etiam a tempore mortis. Haec regula non pertinet etiam ad ea legata, quae relicta sunt in testamento militis, ut probat *L.* 13 § 2 *ff. de test. mil.*, quod sane ex privilegio militari concessum est.

TITULUS VIII.

DE HIS QUAE PRO NON SCRIPTIS HABENTUR.

Pro non scripto aliquid haberi dicitur, dum subsistente testamento aut codicillis, aliquid eorum, quod in testamento scriptum est vel in codicillis, corruit; unde illa perinde habentur, atque si in testamento scripta non essent. Dixi *subsistente testamento vel codicillis*; si enim totum testamentum aut codicilli non valeant, aut ex postfacto integrum testamentum corruat, ea quae in testamento scripta sunt non dicuntur haberi pro non scriptis, sed testamentum dicitur nullum, aut ruptum, aut irritum, aut destitutum.

Videamus quaenam sint ea, quae pro non scriptis habentur. Et sciendum quod aliquando ipsa dispositio pro non scripta habeatur, aliquando, salva dispositione, pro non scripto habetur aliquid, quod ipsi dispositioni adjectum est, puta conditio, vel modus; et quidem pro non scripta habetur dispositio, quoties ea non consistit, quod fit quando, vel aliquid relictum est incapaci, aut ei qui postea factus est incapax, ita ut adhuc incapax sit tempore mortis testatoris, vel existentis conditionis; alias enim, si his temporibus iterum esset capax, dispositio in ejus favorem facta subsisteret, quia media tempora non nocent, sed tantum extrema (*L.* 3 *ff. h. t.*).

Quid si incapax pro parte esset heres institutus, et gravatus legatis, an coheres, qui partem ipsius habiturus est, obligabitur legatis incapaci relictis? ℟. affirmative (*L.* 122 § 1 *ff. de leg.* 1).

Nec quis dicat coheredem istis legatis gravatum non fuisse; etenim non habet partem incapacis ex voluntate testatoris, sed unice beneficio legis praeter voluntatem testatoris; jam autem lex aequum credidit, ut in casu coheres legatis obligaretur, cum enim in ea portione testator alium

praetulisset coheredi, et tamen nihilominus eum his legatis gravesset, sane a fortiori voluisset ea legata praestari per coheredem, si praevidisset portionem prioris ad eum perventuram; unde ex verosimili voluntate testatoris leges voluerunt, ut coheres legata praestaret ab alio relicta. Idem dicendum, si hereditas perveniat ad substitutum incapacis. Pro non scripta similiter habetur dispositio, quoties is, in cujus favorem facta est, in rebus humanis amplius non est, vel eo tempore quo testamentum conditur, vel postea; et quidem jure veteri, si vivo testatore in rebus humanis esse desiisset post factum testamentum dicebatur legatum aut institutio esse *in causa caduci*; sin autem post mortem testatoris id contigisset, antequam tabulae testamenti essent apertae, dicebantur *caduca* et fisco cedebant; sed cum Justinianus in *L. unic. § 2 cod. de caduc. toll.* caduca sustulerit, et jus accrescendi reduxerit, ea amplius fisco non cedunt, sed alteri accrescant. Si tamen civiliter quis esset mortuus, nequidem jure antejustinianeo dispositio dicebatur esse in causa caduci, unde non cedebat fisco (*L. 3 § 1 ff. h. t.*).

Pro non scriptis etiam habentur illa, quae quis sibi propria manu in testamento alieno adscripsit; quod etiam moribus nostris servatur, et expresse cautum extat edicto perpetuo principum nostrorum Alberti et Isabellae, idque statutum est ad evitandas fraudes. Hanc in rem etiam de jure Romano, ut constat ex *L. 15 ff. ad L. Corn. de fals.*, facta sunt S.C. Lyboniecum et edictum divi Claudii, quibus cautum ut is qui sibi in alieno testamento quid adscripsisset, non tantum careret iis, quae sibi adscripsit, sed etiam incideret in poenam legis Corneliae de falsis; idque non tantum locum habebat, ubi quis invito vel ignorante testatore, sed etiam ubi eo volente ac dictante aliquid sibi adscripserit; et revera, alias S. C. Lyboniano et edicto divi Claudii nihil novi cautum fuisset, cum qui ignorante aut invito testatore sibi aliquid adscripsit in testamento, directe incideret in poenam legis Corneliae de falsis, quia hoc ipso falsum commiserat. Sunt tamen casus, in quibus qui sibi testamento alieno aliquid adscripsit, non tantum liberatur a poena legis Corneliae, sed etiam capere potest ea, quae sibi adscripsit; scilicet si testator ipse subscribens testamento adjecerit se testamentum ei dictasse, et nominatim id quod sibi adscripsit ei mandasse, et testamentum postea scriptum recognovisse ac relegisse; aliquando nequidem requiritur specialis subscriptio, sed sufficit generalis, scilicet si filius vel servus, jubente domino vel patre, sibi aliquid adscripserit in testamento ejus, tunc enim sufficit quod pater vel dominus postea subscribens adjiciat se testamentum dictasse, et postea scriptum recognovisse, nec requiritur ut mentionem faciat ejus, quod filius vel servus sibi adscripsit (Vide *L. 1 § 8, L. 15 § 1 ff. ad L. Corn. de fals.*, et *L. 2 eod. de his qui sibi adscrib.*).

Haec maxime attendi debent hodiedum in testamento conjunctivo conjugum, quo se invicem scribunt heredes, aut sibi invicem aliquid relinquunt; cavendum scilicet ne alteruter ipsorum testamentum scribat, sed quisque scribat proprium testamentum; aut forte si contigerit, ut unus ipsorum testamentum scripserit, curet ut alter qui non scripsit eidem subscribat, et in subscriptione adjiciat quod alterum id sibi adscribi jusserit, et postquam illud esset scriptum, testamentum relegerit ac recognoverit, et tunc subscripserit, alias enim is qui testamentum scripsit careret omni emolumento sibi relicto.

TITULUS IX.

DE HIS QUAE UT INDIGNIS AUFERUNTUR.

Aliquando hereditas, vel legatum aufertur ab honorato, et in fiscum transfertur. Causae autem, ex quibus hereditas vel legatum aufertur, sunt hae: si quis culpa sua aut negligentia id egit, ut testator moreretur; si necem defuncti ultus non sit; si inimicitiae capitales inter testatorem et legatarium supervenerint etc. Caeterum differunt ea, quae ut ab indignis auferuntur, ab iis, quae pro non scriptis habentur, quod illa fisco cedant, hae vero remaneant penes heredem vel eum a quo relicta erant.

LIBER TRIGESIMUS QUINTUS

—

TITULUS I.

DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS ET CAUSIS, ET MODIS EORUM QUAE IN TESTAMENTO SCRIBUNTUR

Juncto TITULO VII. libri XXVIII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

§ I. Definitio et divisio conditionum traduntur.
§ II. De conditionibus impossibilibus.
§ III. Conditio impossibilis adjecta institutioni etc. pro non scripta habetur.
§ IV. Si autem adjiciatur institutioni filii, reddit testamentum nullum.
§ V. Quid si testator ignoraverit conditionem esse impossibilem.
§ VI. Exponitur *L. 6 ff. de cond. inst.*
§ VII. De conditionibus, quae aliquando fuerunt possibiles, sed postmodum impossibiles esse coeperunt.
§ VIII. De conditionibus, quae utilitati publicae repugnant.
§ IX. Exponitur *L. 74 ff. h. t.*
§ X. Item *L. 100 ff. h. t.*
§ XI. Item *L. 72 § 4 ff. h. t.*, et quid si alicui filiae fun-

dus legatus sit sub conditione *si nubat patris vel extranei arbitrio*, et nupserit sine consensu patris vel extranei.
§ XII. Quid de vidua, cui imponitur conditio non nubendi.
§ XIII. De conditionibus casualibus, potestativis, et mixtis.
§ XIV. Quid si casu fortuito contingat quod conditio non impleatur.
§ XV. Quandonam conditio debet adimpleri.
§ XVI. Quid de promiscua.
§ XVII. Quomodo et per quem conditio adimpleri debeat.
§ XVIII. Quaenam conditiones institutioni vel legato apponi possunt.
§ XIX. De modo exprimendi conditiones.
§ XX. De conditione expressa, quae tacite inest.
§ XXI. An haec institutio conditionalis sit: *Titius heres esto, si velit.*
§ XXII. Exponitur *L.* 101 *ff. h. t.*
§ XXIII. Item *L.* 57 § 1 *ff. ad S. C. Trebellianum.*
§ XXIV. Item *L.* 6 *cod. de inst. et subst.*
§ XXV. De conditionibus, quae tacite subintelliguntur ex dispositione legis.
§ XXVI. An liberi positi in conditione censeatur vocati ad dispositionem.
§ XXVII. Exponitur *L.* 104 § 6 *ff. de leg.* I.
§ XXVIII. An conditio adjecta institutioni subintelligatur in substitutione.
§ XXIX. Quid si conditio tantum pro parte fuerit adimpleta.
§ XXX. Exponitur *L.* 78 § 7 *ad S. C. Trebellianum.*
§ XXXI. De cautione Muciana.
§ XXXII. An locum habeat in contractibus.
§ XXXIII. Quomodo modus a causa et a conditione differat.

§ I.

Conditio nil aliud est quam incertus eventus futurus, in quem confertur dispositio, et a quo suspenditur. Conditiones multifarie dividuntur: 1.° in conditiones de praesenti, de praeterito, et de futuro; 2.° in conditiones possibiles, et impossibiles; 3.° in casuales, potestativas, et mixtas. Potestativae subdividuntur in promiscuas, et non promiscuas, item in illis, quae consistunt in faciendo, et in non faciendo. Conditiones de praesenti et de praeterito non sunt verae et proprie dictae conditiones, cum dispositionem non suspendant, quod est de essentia omnis conditionis proprie dictae. Idem dicendum de conditionibus impossibilibus, cum dispositionem non suspendant, sed ab initio certum est illas nunquam extituras; quia tamen J. C. nostri has conditiones vocant, ideo et haec divisio erit explicanda.

§ II.

Conditiones impossibiles sunt duplicis generis, aliae enim sunt natura impossibiles, aliae lege. Natura impossibiles sunt quae physice, seu per rerum naturam existere nequeunt, qualis v. g. est *si digito coelum tetigeris*; lege impossibiles sunt quae contra leges, aut bonos mores sunt, qualis v. g. est *si Titium occideris*; hae enim merito inter impossibiles sunt relatae, ut Papinianus ait in *L.* 15 *ff. de cond. inst.*; *nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, reverentiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

§ III.

Si conditio impossibilis adjiciatur institutioni, legato, fideicommisso, aut etiam libertati, habetur pro non scripta (§ 10 *inst. de hered. instit.*), detrahitur scilicet conditio, ut salva sit dispositio: aliter in contractibus servatur, in his enim conditio impossibilis non detrahitur, sed vitiat contractum. Rationem differentiae allegat J. C. in *L.* 31 *ff. de oblig. et act.*, dum dicit: *quia in ea re quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in ejusmodi actu talis cogitatio est, ut nil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem.* Differentia itaque haec est, quod ultima voluntas perficiatur sola voluntate testatoris, nec in ea concurrat voluntas heredis aut legatarii, in cujus favorem fit dispositio, hic itaque impedire non potuit quominus ea adjiceretur; unde cum etiam testatoris potius intersit eam detrahi quam adjectam manere, ne alias vitietur dispositio, ideo detrahitur, quia sane credibile non est testatorem serio eam voluisse adjicere, sed potius credendum illam ipsi per inadvertentiam excidisse, alias enim nil egisset. Contraria omnia sunt in contractibus, hi enim non perficiuntur voluntate unius, sed utriusque; atque adeo alteri contrahentium imputari potest, quod eam adjici permiserit, et alter eam ideo adjecisse creditur ne obligaretur.

§ IV.

Exceptio tamen est in filio sub simili conditione herede instituto, nam tunc conditio non detrahitur, sed adjecta remanet; nam, quod in aliis conditionem impossibilem detrahi diximus, praesertim ideo est, quia illius in cujus favorem est facta dispositio interest eam detrahi; ast filii non interest eam detrahi, sed econtra interest ut adjecta remaneat; cum enim filius non possit institui sub alia conditione, quam quae sit in ejus potestate, institutio ejus sub simili conditione facta erit nulla, quo ipse filius tamquam praeteritus admittetur ab intestato ad successionem, et ita legata testamento relicta praestare non debebit, quae tamen debuisset solvere, si institutio valuisset conditione detracta.

§ V.

Quamvis conditio impossibilis detrahatur in ultimis voluntatibus, non tamen detrahitur conditio

quantumvis difficilis, si modo per rerum naturam existere possit; sed quid si testator ignorans conditionem esse impossibilem eam adjecerit? Tunc aliqui putant eam vitiare legatum, vel institutionem etc: rationem allegant, quia tali casu testator legatarium admittere noluit, nisi impleta conditione, quam possibilem credebat; jam autem legatarius contra voluntatem testatoris ad legatum admitti non debet: insuper adferunt *L.* 58 *ff. de condict. indeb.*, sed haec sententia non est admittenda; etenim dum testator credidit conditionem possibilem, quae revera impossibilis erat, maxime credendum illam ipsi excidisse per inadvertentiam. Contrarium etiam probat *L.* 6 § 1 *ff. h. t.*, ubi dicitur: *si certos servos quis manumisisset, heres esse jussus erat: quibusdam ex his ante mortuis, Neratius respondit, defici eum conditione; nec aestimabat parere posset conditioni nec ne*: ibi sane erat conditio, quam testator possibilem credebat, et tamen Sabinus et Cassius dixerunt eam pro non scripta esse habendam, quam sententiam etiam J. C. confirmat.

Non recte etiam se fundant in *L.* 58 *ff. de condict. indeb.*, cujus casus hic est. Servo in testamento manumisso fideicommissum erat relictum sub conditione, si ex testamento ad libertatem pervenerit: postea ille servus per sententiam judicis pronunciatus est ingenuus: ait J. C. indebiti fideicommissi repetitionem esse. Sed alia est ratio decisionis hujus legis, quam quae ab adversariis allegatur; nempe notandum, quod si quis testamento manumissus esset, et ei aliquid ex eo testamento relictum, tunc si ille ex testamento non perveniret ad libertatem, sed jam ante eam esset consecutus, ei auferrentur omnia quae eodem testamento essent relicta, ut constat ex *L.* 1 *eod. de ingenuis manum.*, et *L.* 3 § 1 *ff. si ingen. esse dic.* Cujus ratio erat, quod haec ipsi a testatore relicta crederentur intuitu libertatis relictae, ita ut verosimiliter si testator eum liberum esse scivisset, nil ei reliquisset; haec autem fuit ratio cur in *L.* 58 competat repetitio fideicommissi quasi indebite soluti; ex quo patet illam legem non opponi sententiae nostrae.

§ VI.

Huc spectat *L.* 6 *ff. de cond. inst.*, ubi proponitur quis institutus sub conditione *si monumentum in triduo proximo mortis ejus fecisset*: monumentum autem intra triduum perfici non poterat: respondet J. C. *conditionem evanescere quasi impossibilem*; ex quo inferimus, quod nequidem teneatur ad monumentum perficiendum intra id tempus quo fieri potest, cum enim impossibile sit, ut supponitur, intra triduum exstruere monumentum; conditio detrahitur, qua detracta, invenitur pore institutos; sicque ad monumentum construendom nullatenus tenetur, si enim teneretur, esset propter conditionem, sed ea pro non scripta habetur.

Non obstat quod, quamvis sit impossibile construere monumentum intra triduum, ipsa tamen monumenti constructio per se impossibilis non sit, et ita non sit detrahenda constructio monumenti, sed tantum triduum intra quod monumentum perfici testator jusserat: quo detracto, constructio monumenti erit simpliciter posita in conditione, atque ita monumentum saltem construere debebit intra id tempus, quo commode poterit. Confirmant hoc argumentum hoc modo, quod tantum sit detrahendum quod est impossibile: sic si ipsa dispositio impossibilis sit, ea pro non scripta habetur; si autem ipsa dispositio non sit impossibilis, sed tantum conditio dispositioni adjecta, salva dispositione, detrahitur conditio, ne alias ipsa infirmet dispositionem; ergo, dicunt, si hic tantum debeat detrahi triduum, intra quod monumentum fieri debet, ipsa constructio monumenti in conditione remanebit. Ast illud argumentum minime procedit, etenim apposita conditio institutioni non erat *si monumentum fecisset*, sed si *intra triduum fecisset*; lapsus autem tridui, neque per se erat impossibilis, neque etiam ipsa constructio monumenti simpliciter considerata, sed tantum erat impossibilis *constructio intra triduum*; cum ergo conditio esset *si intra triduum monumenti constructio facta sit*, integra erit detrahenda.

Nec obstat *L.* 8 § 6 *ff. de cond. inst.*, in qua proponitur heres institutus sub conditione *si jurarit se daturum Maevio decem*, et ait J. C. *quod quamvis jurare non debeat, decem tamen Maevio dare debeat*; ex quo videretur sequi quod, quamvis in casu thesis non debeat construere monumentum intra triduum, quia id impossibile est, postea nihilominus monumentum exstruere debeat. Ast minime hoc sequitur, quia juxta eandem *L.* 8 praetor conditionem jurisjurandi convertit in modum; unde in exemplo objecto institutio considerari debet quasi facta esset hoc modo, *Titius heres esto, ut det Maevio decem*; quod si factum esset, nullus dubitaret quin Maevio decem danda essent: ast conditio impossibilis in modum non convertitur, sed simpliciter pro non adjecta habetur.

Obj. *L.* 13 § 1 *ff. de leg.* 1, in qua dicitur: quod si quis servos, quos Gadibus habebat, testamento, quod Romae moriens fecerat, triduo quo mortuus fuerit heredem dare jusserit, quamvis servi intra triduum dari non possint, legatum valeat, et sint tradendi intra id tempus quo heres eos tradere posset; ergo similiter, quamvis monumentum intra triduum confici non possit, attamen confici debebit quamprimum fieri poterit. Sed disparitas est, quod hic non conditio, sed dies legato adjectus esset; jam autem dies non afficit ipsam dispositionem, sed tantum executionem sive solutionem;

Itaque non ipsa dispositio vitiari debet propter diem adjectum, sed sola executio. Ast in casu thesis dies afficiebat ipsam conditionem, unde ne ipsa conditio vitiet dispositionem, est detrahenda, qua detracta, nil ex eo quod in conditione positum est impleri debet; unde nec monumentum confici debebit intra id tempus quo confici potest.

Obj. *L.* 27 *ff. h. t.*, in qua hic casus proponitur. In testamento quidam scripserat, *ut monumentum ad exemplum ejus quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii fieret, nisi factum esset heredes magna pecunia multarc*: quaerit J. C. quid si in via Salaria uullum existat monumentum Demetrii, sed Damae, an heredes aliquod monumentum conficere debeant: et respondet quod monumentum exstruere debeant ad exemplum ejus quod in via Salaria exstaret, quamvis non esset Demetrii, sed Damae; et recte sane, quia credendum est testatorem erravisse in nomine rei legatae; jam autem error in re legata non impedit legatum, modo de voluntate testatoris appareat, uti hoc ipso quo aliquod monumentum exstat in via Salaria, de eadem satis constat. Tum postea quaerit, quid si nullum monumentum in via Salaria exstaret; videbatur dicendum quod heredes non tenerentur conficere monumentum, impossibile enim est conficere monumentum ad exemplum ejus qui non exstat; respondet tamen J. C. monumentum esse faciendum, juxta substantiam et dignitatem defuncti; ex quo inferunt quod quamvis in casu thesis monumentum intra triduum confici non possit, attamen confici debeat intra tempus quo confici potest. Sed disparitas est, quod hic non conditio, sed modus esset adjectus; jam autem testator non procedit tam severe cum eo cui modum imponit, quam cum eo cui imponit conditionem; in conditione enim dispositionem suspendit, ita ut, conditione deficiente, legatum, fideicommissum etc. praestari nolit, non ita in modo; ab eo enim suam dispositionem non suspendit, neque in casu quo modus non impleretur legatum aut fideicommissum etc. vult ademptum, uti in conditione, sed legatarium ad legatum admitti vult, eoque admisso, ei injungit onus quod sub modo continetur. Deinde non est verum in casu objecto construtionem monumenti esse impossibilem ad eum modum quo testator jusserat; etenim testator jubens heredem suum construere monumentum ad exemplum ejus, quod in via Salaria exstaret, animo suo certo se retulit ad aliquod monumentum, quod ibidem extare putabat, et cujus formam apprehensione sua comprehendebat, unde tale monumentum construere non erat absolute impossibile, sed tantum admodum difficile, essetque mere fortuitum ut praecise simile monumentum heres exstrueret; et ideo J. C. dicit debere conficere monumentum juxta substantiam et dignitatem defuncti; scilicet ubi modus impleri non potest, aut incertum est an impleretur juxta voluntatem defuncti, implendus est juxta eum modum, qui proxime accedit ad verosimilem mentem testatoris.

§ VII.

Hactenus vidimus de conditionibus, quae semper fuerunt impossibiles; nunc videamus de illis, quae quidem aliquando fuerunt possibiles, sed postea impossibiles esse coeperunt. Et hic majoris claritatis gratia duo tempora sunt distinguenda, scilicet vel id contingit ante conditum testamentum, ita ut eo tempore quo conderetur testamentum jam inde essent impossibiles; vel id contingit post factum testamentum, ita ut tempore conditi testamenti adhuc essent possibiles. Et primo casu comparantur conditionibus natura vel lege impossibilibus, ita ut salva dispositione pro non scriptis habeantur: v. g. si quis legaverit Maevio fundum, si quod Titio debet, solverit, et testator nil deberet Titio tempore facti testamenti, conditione detracta, fundus Maevio erit praestandus (*L.* 72 § 7 *ff. h. t.*). In *L* 6 § 1 *ff. h. t.* proponitur, quod testator instituerit heredem sub conditione, si certos servos manumisisset: eum aliqui ex his servis ante testamentum mortui essent, sicque manumitti non possent, Neratius putabat heredem conditione esse defectum: Sabinus autem et Cassius, reprobata ejus sententia, responderunt heredem non esse defectum conditione, sed eam pro non scripta esse habendam; quae sententia a Pomponio confirmata fuit. In eadem sententia etiam fuit Julianus in *L.* 104 § 1 *ff. de leg.* 1, in qua proponitur legatum relictum sub conditione, si legatarius heredi reddidisset tabellas, quibus testator ei pecuniam expromiserat: legatarius mortuus erat antequam tabellas heredi redderet: quaerit J. C. an legatum debeatur, et respondet quod, si tabellae revera extent, legatum non debeatur; nec mirum, eum legatarius pendente conditione decedens nil ad heredem transmittat: tum postea dicit, quod si testamenti facti tempore tabellae non existerent, legatum Titio debeatur; reddit rationem, quia impossibilis conditio pro non scripta habetur: haec ita in illa lege. Sed a se ipso dissentire videtur Julianus in *L.* 84 § 7 *ff. eod*, ubi dicit: *si ita legatum esset: si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato, hujusmodi conditio hanc vim habet, si heredem meum debito liberaverit, quare et si tabulae extabunt non intelligetur conditioni satisfecisse creditor, nisi acceptum heredi fecerit, et si in rerum natura tabulae non fuerint existimabitur implevisse conditionem, si heredem liberaverit:* prosequitur et ait: *nec ad rem pertinebit, jam tunc eum testamentum fiebat, tabulae interciderint, an postea, vel mortuo testatore.* Videtur ergo Julianus dicere quod, quamvis tabulae non extiterint tempo-

re facti testamenti, haec tamen conditio non sit reputanda impossibilis, cum dicat quod heredem liberare nihilominus debeat, quod facere non deberet, si conditio haberetur pro non scripta; sed notandum quod, ut J. C. reflectit, haec conditio *si tabulas chirographi reddiderit* non contineat merum factum redditionis, sed ex voluntate testatoris ita accipi debet quasi testator dixisset, si heredem meum liberaverit; unde, quamvis tabulae nullae extent, modo debitum existat, haec conditio impossibilis non est, adeoque adimplenda est liberando heredem per acceptilationem, vel alio modo. Ast in *L.* 104 J. C. intellexit nullum subesse debitum, atque adeo illa conditio neque materialiter, neque ad mentem testatoris poterat impleri, unde tamquam impossibilis detrahitur. Quod attinet conditiones, quae tempore facti testamenti erant possibiles, postea autem factae sunt impossibiles, satis constat eas pro impossibilibus non haberi, sed heredem, legatarium etc., cui adjectae sunt, conditione esse defectum; et ita nec ad legatum, nec ad hereditatem admitti.

§ VIII.

Nunc videamus de conditionibus, quae quidem natura impossibiles non sunt, sed tamen utilitati publicae repugnant, inter quas praecipua est conditio de non nubendo. Hae autem pro impletis habentur, adeo ut quamvis legatarius conditioni non paruerit, nihilominus legatum consequatur, ut probant *L.* 63 § 1 *et L.* 64 § 1 *ff. h. t.* Itaque hae conditiones simpliciter non detrahuntur, sed tantum habentur pro impletis, idque respectu illius solius cui sunt impositae: ratio est quod talis conditio possit abstrahere a nuptiis, quod utilitati publicae non convenit, utpote cujus interest civibus augeri; unde cum hoc periculum tantum subesset respectu ejus, cui conditio est imposita, et non respectu aliorum, respectu illius solius pro impleta habetur; in quo differt haec conditio ab impossibili, haec enim simpliciter detrahitur respectu omnium, nec mirum, cum respectu omnium sit impossibilis.

§ IX.

Huc spectat *L.* 74 *ff. h. t.*, cujus haec est species. Titio et mulieri ususfructus relictus est, *si non nupserit mulier*: quid si mulier nubat? Ipsa quidem ad legatum admittetur, non Titius, quia Titius naturaliter conditione defectus est; atque adeo, cum haec conditio respectu solius mulieris pro impleta habeatur, Titius nil ex usufructu habere debet.

Hinc non obstat, quod si mulier et Titius fuissent instituti sub conditione impossibili, non tantum mulier, sed etiam Titius futurus esset heres; quia conditio impossibilis non tantum detrahitur respectu mulieris, sed etiam respectu Titii, quia respectu utriusque impossibilis est; at conditio *de non nubendo* tantum habetur pro impleta respectu ejus cui est imposita, atque adeo in casu respectu solius mulieris: ratio autem cur habeatur pro impleta est, ne quis avertatur a nuptiis contrahendis, quae ratio tantum locum habet in ea persona, quae a nuptiis vi conditionis abstinere deberet. Hinc est quod ea non habeatur pro impleta respectu Titii, quia, quamvis respectu Titii non habeatur pro impleta, periculum non est ne propterea mulier a nuptiis abstineat.

Sed cur mulier tantum dimidiam partem ususfructus habet, cum Titius, utpote conditione defectus, ad legatum ususfructus pervenire non possit, cum regula sit, quod uno conjunctorum deficiente, superstes totum legatum habeat? Quia mulier nubens, et sic contraveniens, debet habere idem quod habuisset, si conditioni paruisset, non plus, cum illa conditio pro impleta non habeatur ut mulier lucrum faciat, sed ne propter conditionem, cui non paret, legatum amittat. Neque obstat jus accrescendi habere locum, ubi unus conjunctorum deficit, quia jus accrescendi quod obtinet in legatis est ex praesumpta voluntate testatoris; hic autem mulier contra voluntatem testatoris ad legatum admittitur; itaque jus accrescendi locum habere non debet.

Non obstat etiam, quod mulier nubens debeat habere id quod habuisset, si conditioni paruisset; si autem conditioni paruisset et Titius defecisset, mulier habuisset totum. Quia si mulier paruisset conditioni, totum non habuisset legatum, sed tantum partem, Titius enim cum ea concurrisset; verosimile enim non est quod repudiasset legatum, cum legatum ex natura sua sit lucrativum, et numquam damnosum, et quamvis onus legato esset adjectum, equidem legatarius non teneretur ultra valorem rei legatae. Ex his sequitur, quod si forte Titius moriatur, vel capite minuatur, mulier habitura sit totum usumfructum, non quidem jure accrescendi, cum, ut jam diximus, mulier admittatur contra voluntatem testatoris; solidum itaque usumfructum habebit propter legem Juliam et Papiam, per quam mulier nubens debet habere id quod habuisset, si non nupsisset. Sed numquid videtur dicendum, quod si Titius repudiet legatum, mulier debeat habere integrum usumfructum. Negat J. C. in fine legis, dum dicit, *nec si Titius qui conditione defectus est legatum repudiet, ea res mulieri proderit.* Ratio hujus est quod, cum Titius sit conditione defectus, repudiare nequeat, cujus enim solius est repudiare qui potest acceptare; itaque illa repudiatio est prorsus nulla, consequenter nil operatur, unde efficere nequit ut mulier habeat integrum usumfructum.

§ X.

Huc etiam spectat *L.* 100 *ff. h. t.*, in qua proponuntur 100 legata mulieri, *si nupserit*, et 200, *si non nupserit:* quaerit J. C. quid mulier habeat, si nupserit, et dicit eam habituram 200: ratio est, quod mulier habere debeat quod habuisset, si non nupsisset.

Nec quis dicat mulierem debere habere 300, 100 scilicet *quatenus nupsit*, et sic paruit conditioni sub qua 100 legata erant, et 200, quatenus conditio *de non nubendo* secundo legato adjecta habeatur pro impleta; nam id dubium resolvit J. C., dum dicit *ridiculum enim est eandem et ut viduam* (id est non nuptam) *et ut nuptam admitti*; et sane si mulier deberet habere 300, admitteretur ut nupta et ut innupta, quod implicat; et cum leges non fingant impossibilia, neque implicantia admittant, mulier tantum potest admitti, vel ut nupta, vel ut innupta; unde, cum debeat idem habere quod habuisset, si conditioni paruisset, in casu ut innupta admittenda est, cum id ei sit favorabilius.

§ XI.

Referri quoque potest *L.* 72 § 4 *ff. h. t.*, in qua proponitur fundus legatus mulieri sub conditione *si arbitratu Titii nupserit*: quaerit J C. quid, si mulier arbitratu Titii non nupserit, an fundum sit habitura: et respondet eam ad legatum admittendam. Reddit rationem, *ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur*, scilicet visum fuit hanc conditionem nuptiis inferre impedimentum, quatenus alias Titius posset perpetuo dissentire, quantumvis digno mulier vellet nubere, quod sane utilitati publicae repugnat, haec enim libertatem omnimodam in nuptiis exigere videtur.

Quid ergo si filiae fundus legatus sit sub conditione *si patris arbitrio nupserit*, ut nupserit non expetito patris consensu, an ad legatum admittetur? Et verius est, quod si patris consensum non expetierit, ad legatum admittenda non sit; non enim potest videri haec conditio adferre impedimentum nuptiis, cum filiam tantum redigat ad terminos juris naturae, quo jure sane filia tenetur expetere consensum patris in nuptiis contrahendis. Aliud est in *L.* 72 *ff. h. t.*; ibi enim legatum non erat relictum sub conditione *si arbitratu nupserit patris, sed extranei*, extraneorum enim non est se immiscere nuptiis alienis. Quid si igitur filia expetierit patris consensum, sed ille noluerit consentire nuptiis, cum tamen dignus esset sponsus, et filia citra consensum patris nupserit, an ad legatum admittetur? ℟. affirmative; non quidem ea ratione quod tunc illa conditio adferat impedimentum nuptiis, quia alias ab initio debuisset haberi pro impleta, sicque nequidem consensum patris expetere debuisset, sed ideo quia in hac conditione ex mente testatoris non continetur nudum factum, sed arbitrium boni viri, ita ut illa conditio ex mente testatoris sic debeat intelligi, *si patris consensum expetierit, et is in interponendo consensu procedat secundum arbitrium boni viri*; nisi enim hanc conditionem sic intelligeremus, esset detrahenda, et pro impleta haberetur; unde ne dicamus eam testatorem inutiliter adjecisse, sic interpretanda est, ut in ea non contineatur nudum factum, sed arbitrium boni viri.

§ XII.

Quae diximus de conditione de *non nubendo* intelligi debent de caelibe; nam si haec conditio viduo vel viduae imposita sit, ea pro impleta non habebitur; sed si legatarius vel heres legatum vel hereditatem consequi velit, eam conditionem omnino servare debet, quod imperator ex jure veteri immutavit in *Nov.* 22 *cap.* 44; idque ideo, quia secundae nuptiae non ita favorabiles videbantur ac primae, cum saepo malos exitus habeant, praesertim si ex primo matrimonio liberi existant.

§ XIII.

Nunc videamus de conditionibus possibilibus, quae sunt triplicis generis: aliae sunt mere casuales, aliae mere potestativae, et aliae mixtae. Conditio potestativa est cujus implementum dependet ab arbitrio onerati; casualis est quae nullatenus ab ejus arbitrio dependet, sed ab eventu fortuito; mixta est quae partim ab ejus arbitrio dependet, partim ab eventu, quales v. g. sunt *si Titiam duxerit*, *si Maevio consule Capitolium ascenderit*; prima enim non tantum ab ejus, sed a Titiae etiam voluntate dependet, quae voluntas respectu ejus est eventus incertus; similiter secunda partim ab ejus arbitrio dependet, quatenus potest ascendere Capitolium, vel non, partim non dependet, quatenus non est in arbitrio ejus, ut Maevius sit consul futurus.

Hae conditiones possibiles qualescumque sint, sive casuales, sive potestativae, sive mixtae, absolute impleri debent, et quidem specifice, ut oneratus consequatur id, quod sibi sub tali conditione relictum est; et quidem in conditione casuali id generaliter obtinet, in conditione autem potestativa et mixta aliquando aliud obtinet, ita ut ea impleri non debeat, sed pro impleta habeatur. Sic juxta *L.* 81 § 1 *ff. h. t.*, *et L.* 161 *ff. de reg. jur.* pro impleta habebitur conditio potestativa, vel mixta, quoties stat per eum cujus emolumento vel lucro deficeret conditio, quominus eadem impleatur; sic v. g. si mihi legatum relictum sit sub conditione *si Capuam ivero*, et heres meo impediat Capuam ire, haec conditio pro impleta habebitur, ita ut legatum sim consecuturus, aeque ac si conditio-

nem implevissem; hue pertinet *L.* 24 *ff. h. t.*, ubi loco *cujus interest conditionem impleri*, legi debet *conditionem non impleri*, ut manifeste liquet eam conferendo cum *L.* 161 *ff. de reg. jur.*, sunt enim fere eadem verba utriusque. Similiter etiam conditio pro impleta babetur, quoties stat per eum, in cujus persona debebat adimpleri conditio, quominus eadem impleatur: v. g. Titio legatum relictum est, *si Maeviam duxerit uxorem*, Titius paratus est nubere, sed Maevia renuit, conditio habebitur pro impleta, ita ut Titius nihilominus ad legatum admittatur (*L.* 14 *ff. h. t*).

§ XIV.

Sed quid, si neque stet per eum cujus interest conditionem non impleri, neque etiam per eum in cujus persona debet adimpleri, sed casu fortuito, vel per tertium, ita ut non stet per oneratum quominus conditionem adimpleat, an pro impleta habebitur: v. g. testator Titium instituit baradem, si Stichum manumiserit, vel Maevio 10 dederit, Stichus et Maevius mortui sunt, ita ut Titium manumittere non potuerit, nec Maevio decem dare, an conditio pro impleta habebitur? Multi hic faciunt varias distinctiones; alii distinguunt an conditio sit potestativa, an varo mixta; alii utrum conditio potuerit impleri vivo testatore, an vero eo jam mortuo; alii utrum id eontigerit jam mortuo testatore, an vero eo adhuc vivo. Sed verius est indistincte; si modo tempore facti testamenti impleri potuerit, pro impleta non haberi, sive id contigerit post mortem testatoris, de quo vix ullns dubitat, sive eo adhue vivo. Probatur per *L.* 23 § 2 *ff. ad L. Aquil.*, in qua J. C. proponit beredem me institutum sub conditione *si Stichum manumisero*, et dicit, *quod si Stichus occisus sit post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me eonsecuturum, propter occisionem enim deficit eonditio*; prosequitur et ait *quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare:* reddit rationem, *quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.* Haec verba clare probant J. C. supponere me conditione esse defectum, alias enim non banc rationem reddere debuisset, sed hanc, *quia mea nil interest, eum hereditatem non amiserim*; si enim eonditio pro impleta baberetur, hereditatem equidem consequerer, quamvis Stichus manumitti amplius non possit. Probatur etiam per *L.* 112 § 1 *ff. h. t.*, in qua proponitur Titio legatum relictum sub conditione *si Symphoro et Januario centum praestiterit:* quaerit J. C. quid si Symphorus sit mortuus, an legatum perierit: respondet: *si non post moram Titii Symphorus decessit, debere Titium partem dimidiam Januario dantem, partem legati dimidiam consequi;* itaque non dubitat quin Titius conditione defectus sit pro ea parte, qua legatum consecutus esset, si Symphoro 50 praestitisset. Idem probant *LL.* 94 *et* 31 *ff. h. t.*, in quibus dicitur *quod si ea persona, in quam collatum est implementum conditionis, decesserit, legatarius vel heres sit conditione defectus*, nec distinguit utrum illa persona decesserit mortuo testatore, an vero eo vivo.

Obs. quod in casu thesis non stet per heredem vel legatarium quominus conditionem adimpleat; ergo ad legatum vel bereditatam debet admitti, quia conditio habetur pro impleta, quando non stat per legatarium vel beredem quominus eam adimpleat. At assumptum simpliciter admitti non potest, sed boc sensu tantum, ut si constet quod per legatarium non stet, tunc conditio respectu ejus babeatur pro impleta; jam autem, cum Stichus supponatur occisus, non constat quod per eum non stet quominus conditio impleretur, quia posset contingere, quod si Stichus occisus non esset, heres vel legatarius eum manumittere nollet; itaque dici nequit, quod constet por eum non stetisse quominus conditio impleretur; scilicet quando testator aliquid ralinquit sub conditione potestativa vel mixta, respicit ad obtemperantiam illius, cui conditionem imposuit; consequenter ut is sibi relictum consequatur, eam obtemperantiam exhibere debet, quam in casu neque exhibuit, neque exhibere potuit Sticho praemortuo.

Obs. *L.* 8 § 7 *et* 8 *ff. de cond. instit.*, et praecipue § 7, in quo proponitur, quod aliquis heres institutus esset sub conditione *si jurasset se Stichum manumissurum*; et dicit J. C. quod si Stichus sit mortuus vel manumissus vivo testatore, heres non sit conditione defectus; ergo etiam in casu nostro, si Stichus occisus sit vivo testatora, heres non debet videri conditione defectus. Disparitas est, quod bic non agatur de simplici conditione Stichum manumittendi, sed de conditione jurandi; jam autem, ut ante vidimus, conditio jurisjurandi quasi continens profanationem Divini nominis detrahitur, et in modum convertitur, ita ut heres non debeat jurare se facturum vel daturum quod juramento continebatur; itaqua bic non conditio debebat videri adjecta institutioni, sed modus; quoties autem modus impleri non potest, heres institutus non amittit hereditatem, cum nihilominus beres institutus inveniatur. Sed in casu nostro institutio erat facta sub conditione, quae cum non sit impossibilis, neque etiam pro impleta habeatur, ut probavimus, beres nequit admitti ad bereditatem, nisi conditiona impleta; unde cum in casu eam adimplere non possit, ad hereditatem admitti nequit.

Obs. *L.* 6 § 1 *ff. h. t.*, in qua heres institutus erat sub conditiona *si certos servos manumisisset:* dicit J. C., quod si quidam ex his mortui sint, conditio babeatur pro ooo scripta, rejecta Neratii sententia. R/. Illa lex non obstat, eum in ea agatur

de casu quo servi erant mortui ante factum testamentum, uti insinuat J. C., dum dicit *quibusque ex his ante mortuis*, id est ante factum testamentum; nos autem agimus de casu, quo servus est mortuus vel occisus post conditum testamentum.

Obj. *L.* 54 § 1 *ff. de leg.* 1, in qua J. C. dicit quod, si Titiae legatum relictum sit *si arbitratu Seji nupserit*, et vivo testatore Sejus decessisset, legatum ei debeatur. ℟ Ratio cur Titia ad legatum admittatur est, quod in illa lege agatur de conditione, quae ponit impedimentum nuptiis.

Fortissime obstat § 1 *ejusd. L.*, in quo dicitur quod si legatum relictum sit sub conditione si *Stichum manumisisset*, legatum debeatur, etsi mors servi impediisset manumissionem; subjicit rationem *quia per te non stetit, quominus ad libertatem perveniat*. ℟. Videtur dicendum quod haec lex sit intelligenda de casu speciali, quo scilicet legatarius ex parte sua jam interposuerat omnia necessaria ad manumittendum servum: v. g. cum jam profectus esset ad magistratum, ut eum manumitteret, in via servus fuit occisus, vel forte jam aderat coram magistratu eumdem manumissurus, sed antequam solemnia juris interponerentur, servus casu fortuito periit; recte tali casu J. C. dicit legatarium ad legatum debere admitti, quia tali casu conditio pro impleta haberi debebat, cum legatarius ostendisset animum obtemperandi testatori, idque efficaciter; unde, cum testator sub tali conditione legans tantum ad duo respexerit, scilicet ad obtemperantiam legatarii, et favorem manumittendi, favor autem ille servi jam mortui cesset, et legatarii obtemperantia intervenerit, merito haec conditio pro impleta habetur. Nil tale occurrit in casu nostro, proponimus enim servum occisum vivo testatore, antequam forte heres sciret se sub tali conditione esse institutum; unde, quamvis jam quidem cesset favor manumittendi, cum tamen non appareat obtemperantia heredis, conditio pro impleta haberi nequit; inconveniens enim esset eam conditionem haberi pro impleta, quum forte heres implere noluisset, uti sane contigisset, si eum servum pluris aestimaret quam hereditatem. Quod autem de tali casu agatur, ex verbis ipsius legis intelligitur, cum J. C. dicat *sed etsi servi mors impediat manumissionem*, id enim dici non posset, nisi in ea agatur de casu quem posuimus; quando enim servus mortuus est antequam legatarius paratus esset eum manumittere, non recte diceretur *quod mors impediverit manumissionem*, cum forte legatarius eum non manumisisset, quamvis potuisset.

Nec obstat ratio subjecta *quia per te non stetit quominus perveniat ad libertatem*; haec enim ratio accipi debet pro subjecta materia, atque adeo accipienda hoc sensu, *quia constat quod per te non steterit, quominus perveniat ad libertatem*; quod verum erat in sensu legis objectae, sed de eo non constat in casu nostro. Huc referri potest quod dicitur in *L.* 23 *ff. de verb. oblig.*, ubi J. C. explicans haec verba, *si per te non steterit, quominus vivo eo eum mihi dares*, sic ait, *quod ita fiet, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum*, id est si constet quod per te steterit; ergo etiam in *L.* 54 ea verba *quia per te non stetit* hoc sensu accipi debent, *si constet quod per te non steterit*.

Sed instant et dicunt, quod hoc nil facit quod legatarius ostenderit suam obtemperantiam, quod probare nituntur hoc ratiocinio: supponunt quod Titio legatum relictum sit sub conditione *si Cajam duxerit uxorem*, quod Titius paratus sit ducere, item Caja, sed pater Cajae nolit consentire nuptiis, tali casu Titius ad legatum non admitteretur, neque conditio haberetur pro impleta, tamen Titius ostenderat suam obtemperantiam. ℟. Ratio hujus est quod, quamvis in casu objecto Titius ostenderit suam obtemperantiam, adhuc tamen verteretur favor Cajae, ut scilicet ipsa nubere posset Titio, quod fieri poterat, si pater postea moriatur vel ipsa emancipetur, aut moribus consensus suppleatur; et hinc est quod pro impleta non habeatur, quia favori Cajae nondum erat satisfactum. Ast in casu *L.* 54 non tantum legatarius ostenderat suam obtemperantiam, sed etiam cessabat favor illius, in cujus gratiam conditio erat adjecta.

Obj. *L.* 23 *ff. de cond. inst.*, ubi proponitur hoc modo facta institutio: *uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit ex dodrante, qui non duxerit ex quadrante heres esto*; dicit J. C. *si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia ipsa nubere noluit, ambos in partem aequalem admitti*; reddit rationem, *plerumque enim hae conditiones, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quando per eum non stat quominus ducat, det, aut faciat*; atqui etiam in casu per heredem non stat quominus Stichum manumittat; ergo is etiam ad hereditatem admitti debet. ℟. Ideo in casu legis objectae conditio habetur pro impleta, quia per ipsam consobrinam, in cujus persona adimpleri debebat, stabat quominus adimpleretur; tali casu autem eam esse habendam pro impleta jam diximus; unde ratio, quam subjicit J.C., non simpliciter accipienda est, sed hoc sensu, quando constat per eum non stare, uti a parte rei in casu legis objectae de eo constabat, cum consobrina rogata ut nuberet noluerit nubere. Ast in casu nostro non stat per eum, in cujus persona debet adimpleri conditio, quominus adimpleatur, neque etiam constat per legatarium non stare, cum forte si Stichus vixisset, eum forte manumittere noluisset.

Obj. *L.* 20 *ff. de ann. leg.*, et *L.* 13 § 1 *ff. de alim. leg.*, in quibus proponitur *annuum legatum relictum, si legatarius cum matre testa-*

toris moraratur: mater erat mortna ante legatarium: quaerebatur an post mortem ejus legatum adhuc esset praestandum: respondet J. C. *nihilominus esse praestandum*, atqui tamen mortua matre, conditio legato adjecta deficiebat; ergo si per legatarium non stet quominus conditionem adimpleat, debet haberi pro impleta. R/. Ratio est quod hic conditio non defecerit, et ea consequenter pro impleta non habetur, sed revera naturaliter erat impleta; haec enim conditio ex mente testatoris debebat intelligi *si cum matre moraretur quamdiu vivat*, nam testator certe respexerat unice favorem matris; jam autem hic favor cessat, ubi ea est mortua; ergo modo ad finem vitae eum matre moratus sit, conditionem implevisse intelligitur. Ast in casu thesis conditio non extiterat naturaliter; unde, cum etiam probaverimus eam pro impleta non esse habendam, heres ad hareditatem admitti nequit.

Non obstat *L.* 39 § 4 *ff. de stat. lib.*, quia id ibidem specialiter est receptum favore libertatis, ut constat evidenter ex *L.* 20 § 3 *ff. eod.*

§ XV.

Nunc videamus quandonam conditio debeat adimpleri. Et siquidem testator tempus expresserit, adimplenda erit tempore adjecto, sive expresse, sive tacite tempus adjecerit: quod si nullum tempus, neque expresse, neque tacite adjecerit, tuno distinguendum inter conditiones casuales et caeteras, ut casuales sufficiat quocumque tempore esse impletas, quia in bis testator unice respexit eventum incertum. Si autem sit conditio potestativa vel mixta, distinguendum est inter conditiones promiscuas et non promiscuas; sed hic primo videndum quaenam conditiones promiscuae vocentur, quaenam non promiscuae. Dicimus autem promiscuas esse quae continent facta vulgaria, id est talia, quae saepius facile reiterari possunt: non promiscuas autem quae continent talia facta, quae non possunt facile reiterari; idque probat imprimis *L.* 11 § 1 et *L.* 2 *ff. h. t.* In *L.* 11 § 1 J. C. dicit *conditiones promiscuas post mortem impleri oportere;* inter has refert hanc *si Capitolium ascenderit:* tum in *L.* 2 ait quod hae conditiones *si decem dederit, si Capitolium ascenderit, non nisi post mortem* impleri debeant; ex quo patet male juxta aliquos per conditiones promiscuas intelligi potestativas. Per conditiones autem non promiscuas male intelligi mixtas, quia haec conditio *si Titio decem dederit* certo mixta est; jam autem probavimus hanc inter promiscuas referri; itaque haec conditio *si Stichum manumiserit*, quamvis sit potestativa, non est promiscua, quia Stichus manumissus amplius manumitti non potest, et ita manumissio non potest facile reiterari. Unde tam conditio potestativa, quam mixta secundum praedicta potest esse promiscua et non promiscua: erit nempe promiscua, si factum in conditione comprehensum reiterari facile possit; si non facile possit reiterari, erit non promiscua. Conditiones promiscuae sunt implendae post mortem testatoris, non promiscuae etiam ipso vivo impleri possunt, ut probat *L.* 11 § 1 *cit*; unde si legatum relictum sit sub conditione *si Titio decem dederit*, non sufficit Titio decem data esse vivo testatore, sed debet ea dedisse post mortem testatoris; econtra si legatum relictum sit sub conditione *si Stichum manumiserit*, vel *si Cajam duxerit*, non requiritur ut Stichus manumittatur, aut Caja ducatur post mortem testatoris, sed sufficit quandocumque Stichus manumissus sit, aut Caja sit ducta, etiam vivo testatore.

§ XVI.

Quod conditiones promiscuas spectat, distinguendum putamus utrum agatur de institutione, an vero de legato, vel fideicommisso; ut si agatur de institutione, sufficiat eam quandoque post mortem testatoris impleri; sin vero agatur de legato vel fideicommisso, legatarius aut fideicommissarius eam implere debeat quamprimum potest, ita ut si eam non impleverit, legato vel fideicommisso privetur. Primum probant *L.* 4 § *ult. et L.* 5 *ff. de hered. inst.*, item *L. ult. ff. de cond. inst.*, ubi dicitur etiam ultimo vitae momento conditionem potestativam ab herede impleri posse; secundum probat *L.* 29 *ff. h. t.*, ubi dicitur conditionem *si in Capitolium ascenderit* sic recipiendam esse, *si cum primum potuerit Capitolium ascenderet*; quae decisio ad legata tantum pertinet, alias Julianus, qui est auctor hujus legis, sibi contradixisset in *L.* 5 *ff. de hered. instit.*, tanto magis quod *L.* 29 sit rescriptum Juliani ad Ursejum Ferocem in quo, eum casus propositus non habeatur, talem fingere debemus ut non contradicat aliis textibus juris. Contrariae sententiae fautores dicunt, non posse allegari differentiae rationem inter legata et institutiones, sed profecto immerito; etenim legatum ex natura sua semper est mere lucrativum, unde ubi legatarius conditionem non implet quamprimum potest, videtur vituperare judicium defuncti; jam autem credibile est, quod testator nil relictum voluisset, si praevidisset legatarium judicium suum vituperaturum. Alia prorsus est ratio institutionis; potest enim heres differre implementum conditionis ex alia causa, forte ideo quia timet ne hereditas sit insolvendo, aut veretur immiscere se negotiis hereditariis, quorum nullam habet notitiam. Sed et alia est differentiae ratio: nempe ab institutione dependet exitus testamenti, et ita non est credendum testatorem voluisse heredi adimere hereditatem, si quamprimum potest conditionem non adimpleat; quod periculum non subest in legato, quamvis enim legatarius a legato repellatur, non infirmabuntur caetera, quae in testamento scripta sunt.

§ XVII.

Nunc videamus quomodo, et per quem debeat adimpleri conditio. Debet autem adimpleri specifice, et non per aequipollens, et per eam ipsam personam, cui est injuncta, item in illa ipsa persona in qua testator eam impleri jussit; unde non potest impleri per heredem, neque in persona heredis illius personae, in qua testator eam impleri voluit, ita ut quoad implementum conditionis non sit admissa repraesentatio personae, et sane; conditio enim omnis consistit in facto, quod factum aliud est ubi impletur per personam cui injuncta est, aliud ubi impletur per personam heredis. Similiter aliud est factum quod impletur in persona illius in qua testator jussit impleri, aliud quod impletur in persona heredis ipsius (*L.* 104 § 1 *ff. de leg.* 1, *L. ult ff. de leg.* 3, *et L.* 109 *ff. h. t.*).

§ XVIII.

Sequitur ut videamus quaenam conditio possit apponi institutioni vel legato. Et potest omnis etiam turpis et impossibilis, ut vidimus; hae enim detrahuntur et pro non adjectis habentur, salva institutione vel legato cui sunt appositae. Excipienda tamen est institutio filiifamilias, quem diximus in tit. *de lib. et posth.* non posse institui, nisi sub conditione potestativa.

§ XIX.

Conditio ordinarie solet exprimi per particulam *si*, aliquando per particulam *cum*. Parum enim interest utrum dicam lego Titio 100, *cum erit* 14 *annorum*, an vero dicam *si pervenerit ad annum* 14: priori enim casu conditio exprimitur per tempus adjectum, posteriori casu tempus exprimitur per conditionem (*L* 22 *ff. quando dies leg. vel fideic. ced.*, *L.* 45 § 3 *ff. de verb. oblig.*); tunc autem particula *cum* conditionem continet, quando per eam exprimitur tempus incertum, illudque tempus adjicitur dispositioni: aliud est si tempus adjiciatur executioni vel praestationi legati, tunc enim legatum erit purum, et executio tantum in tempus dilata; et ita si legatarius interim moriatur, legatum ad heredes transmittet. Huc spectat *L.* 5 *eod. quando dies legati vel fideicommissi cedit*, ubi proponitur legatum hoc modo relictum: *do*, *lego Æliae Severinae filiae meae et secundae* 10, *quae legata accipere debebit*, *cum ad legitimum statum pervenerit*: dicit imperator *non conditio fideicommisso vel legato inserta*, *sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur*, scilicet hic dies non afficiebat dispositionem, sed tantum executionem, unde legatum non reddit conditionale.

Sed quaeret quis undenam dignosci possit an dies adjectus afficiat dispositionem, an vero executionem tantum? R. Si legatum et dies unico spiritu orationis exprimantur, dies intelligitur afficere dispositionem, v. g. si dixerit *lego Titio* 100 *cum pubes erit;* si autem legato jam perfecto et absoluto adjiciatur tempus, quo praestatio ejusdem est facienda, id est diversa oratione, dies tantum intelligitur adjectus executioni, et non dispositioni, uti *lego Titio* 100, *quae ipsi praestari volo cum pubescet.*

§ XX.

Aliquando contingit ut formulae verborum videatur adjecta conditio, cum tamen legatum aut institutio non sit conditionalis, quod contingit quoties conditio nil aliud exprimit, quam quod ipsi legato vel institutioni ex natura sua, aut ex dispositione legis inest; unde nascitur altera divisio conditionis in intrinsecam, et extrinsecam. Prior dicitur quae non immediate procedit ex ipso testamento, sive ex voluntate testatoris, sed ex natura rei, vel ex dispositione legis; posterior est, quae immediate procedit ex voluntate testatoris. Quod attinet conditionem intrinsecam, cum illa nil aliud exprimat, quam quod natura rei vel ex dispositione legis subintelligitur, haec non reddit legatum vel institutionem conditionalem; unde si quis legaverit fructus nascituros sub conditione *si nascantur*, legatum non est conditionale, et ideo legatarius interim decedens antequam fructus nascantur, legatum ad heredes transmittit. Huc referri potest *L.* 22 § 1 *et* 2 *ff. quando dies leg. ced.:* in § 2 J. C. supponit institutos heredes Titium et Maevium, et testatorem legasse centum sub conditione *si Titius adeat hereditatem*, et quaerit an legatum sit conditionale: decidit autem legatum non esse conditionale pro parte, quam Titius ex his centum praestare debet, cum respectu hujus partis haec conditio insit legato, legatum enim non potest deberi ab herede, nisi adeat hereditatem: pro parte autem Maevii dicit legatum conditionale esse, quia respectu hujus partis non inest haec conditio, *si Titius adeat*, sed haec, *si Maevius adeat;* unde respectu hujus partis haec conditio *si Titius adeat* aliud exprimit, quam quod ipsi legato ex natura sua inest, et ita pro ea parte legatum est conditionale; itaque si lagatarius interim decedat, pro parte Titii legatum quidem ad heredes transmittet, sed non pro parte Maevii.

§ XXI.

Quid dicendum de hac institutione, *Titius heres esto, si velit*, an conditionalis est an pura? Distinguendum, an Titius sit suus heres, an extraneus; et priori casu, cum suus heres ipso jure etiam ignorans et invitus heres sit, erit conditionalis; secus posteriori casu. Ex his colligi potest legatum relictum sub simili conditione etiam esse conditio-

nale, cum legatum acquiratur etiam ignoranti citra acceptationem, quia iterum haec conditio aliud exprimit quam quod ipsi legato ex natura sua inerat.

§ XXII.

Conditio maxime implenda est ex voluntate testatoris, ita ut magis inspiciends sit voluntas quam verba quibus usus est; illa enim conditiones regit, primumque locum in conditionibus obtinet, ut J. C. dicit in *L.* 19 *ff. h. t.* Huc spectat *L.* 101 *ff. h. t.*, in qua hic casus proponitur: ***pater Severianam Proculam Ælio Philippo cognato nuptiis testamento designarit, eidem filiae praedium sub conditione, si Ælio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit, quod si non nupsisset, idem praedium Philippo dari voluit***: proponit J. C. quod puella nondum viripotens decesserit, et quaerit an praedium Ælio Philippo praestandum sit ex causa legati, et dicit: *et quidem verbis testatoris inspectis praedium ei dari debuisset*, scilicet, eum testator hoc praedium ei legasset sub conditione *si puella ei non nupsisset*, et filia nondum viripotens decesserit, nuptiae celebratae non erant, sicque inspectis verbis existebat conditio, sub qua praedium Elio Philippo erat legatum. Respondet tamen J. C. *praedium si praestandam non esse, sed eum videri conditione defectum:* reddit rationem, ***quod in conditionibus testatorum voluntatem potius quam verba considerari oportet***; quamvis enim verbis inspectis conditio in casu extiterit, inspecta tamen voluntate testatoris, ea non extitit, quia, ut J. C. dicit, conditio *si puella non nupserit* ex voluntate testatoris sic accipi debet, ***si puella nubere noluit***, quod in casu non contigit, eum supponatur puellam decessisse antequam nubere potuit.

Sed quaeret quis cur illa conditio sic accipi debeat, ***si puella nubere noluit***, cum verba ***si non nupserit*** vi et potestate sua haec duo contineant, ***si vel noluit, vel non potuit nubere***? J. C. hoc colligit ex circumstantiis hic positis, scilicet testator puellam designaverat nuptiis Ælio Philippo, quo facto in continenti eam instituerat heredem, et insuper praelegatum reliquerat sub conditione si *Ælio Philippo nupsisset*; hoc legatum ita relinquens satis ostendit quod illud relinqueret, ut eam induceret ad contrahendas nuptias cum Ælio Philippo; atque ita in hac conditione, quam adjecit legato, certo respexit ad voluntatem ejus, tanto magis quod verosimiliter non crediderit eam praemorituram antequam nuptias contrahere posset; consequenter hanc conditionem adjiciens, ***si Ælio Philippo nupsisset***, sic intellexit, ***si cum posset nubere, nubere voluit***, ita ut tantum respexerit ad obtemperantiam ipsius; unde dum in continenti eam rem, quam sub hac conditione legaverat, in contrariam conditionem transfert in Ælium Philippum, omnino credibile est quod hanc contrariam conditionem adjiciens, etiam unice respexerit ad voluntatem ejus, sicque ex ejus mente conditio ***si non nupsit*** ita accipi debet, ***si nubere noluit.***

§ XXIII.

Huc quoque referri potest *L.* 57 § 1 *ff. ad S. C. Treb.*, in qua hic casus proponitur. Pater duos filios habens superstites, et ex altero filio vel filia mortua Claudiam neptem, filios instituerat heredes, eosque gravaverat fideicommisso reciproco, ***ut si quis eorum sine liberis diem suum obiisset, partem suam superstiti fratri restitueret***: postea aliud fideicommissum ordinaverat in favorem Claudiae, dixerat nimirum ***quod si uterque sine liberis diem suum obiisset, omnem hereditatem suam ad neptem suam Claudiam pervenire vellet***: unus filiorum decesserat superstite filio, et ita in ejus parte cessabat fideicommissum, quatenus defecerat conditio utriusque fideicommissi: postea alter filius decessit sine liberis: quaerebatur an quoad ejus partem locus esset secundo fideicommisso? Et inspectis quidem verbis, haec conditio iterum defecerat; quando enim unus mortuus est relicto filio, quamvis alter mortuus sit sine liberis, non est verum utrumque sine liberis decessisse. Attenta tamen mente testatoris, conditio videtur extitisse, tum quia testator neptem Claudiam vocaverat in casum, quo uterque sine liberis decederet, atque adeo verosimile esset, quod etiam eam vocasset ad portionem unius, qui sine liberis decederet, tum vel maxime quia testator alias filio reliquisset liberam dispositionem in casum, quo alter decederet cum liberis, quod tamen non fecit; ex quo satis patet, quod neptem plus dilexerit quam filios alterutrius suorum filiorum, quae praedilectio effectum non haberet, si in casu neptis non admitteretur ad portionem illius, qui sine liberis decessit, imo nocuisset, cum si testator fideicommissum non fecisset, neptis ab intestato cum liberis alterius filii huic filio succederet, habitura portionem virilem cum ipsis; et hoc est quod J. C. vult in his verbis, ***sed cum in fideicommissi voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi cessante prima substitutione partis nepti petitionem denegari.***

Obs. *L.* 10 *cod. de impub. et alior. subst.*, in qua testator, duobus impuberibus filiis heredibus institutis, dixerat, ***si uterque impubes decesserit, Titius heres esto:*** contigit unum ex ipsis impuberem mori: quaeritur an Titius ad hujus portionem sit admittendus: et refert imperator dubitatum de eo inter veteres J. C., sed tamen approbat illorum sententiam, qui nolebant aliter admitti Titium quam si uterque impubes decessisset. Ratio hujus est, quod hic conditio imprimis inspectis verbis deficiat, sed et etiam deficit inspecta mente testatoris,

qui sub ea conditione substituens Titium voluit inter liberos servare jus legitimarum hereditatum; quamdiu enim impuberes sunt, testamentum condere non possunt, et ita alterutro mortuo, alter ab intestato succedet. Ast in casu *L.* 57, inspecta mente testatoris, quae sufficienter colligitur ex eo quod illos mutuo fideicommisso tantum gravaverat in casum, quo sine liberis decederent, satis apparet conditionem extitisse.

§ XXIV.

Ex eadem ratione quod ultima voluntas regat conditiones, fluit quod aliquando propositio copulativa debeat resolvi in disjunctivam, aut viceversa; quamvis enim proprietate verborum inspecta, aliud importet copulativa, aliud disjunctiva, attamen non tantum in usu vulgari loquendi, sed etiam in testamentis saepe contingit, ut copulativa ponatur pro disjunctiva, vel viceversa; unde ubi voluntas manifesta loquentis id exigit, in eo haerendum non est, quod expressit J. C. in *L.* 53 *ff. de verb. sign.*, ubi ita loquitur: *saepe ita comparatum est, ut conjuncta pro disjunctis accipiantur, et disjuncta pro conjunctis, interdum soluta pro separatis* Huc spectat *L.* 6 *cod. de inst. et subst.*, in qua dicitur quod, si quis fideicommisso filium suum gravaverit sub conditione *si intestatus, vel sine liberis decesserit*, fideicommissum deficiat, si liberos susceperit et moriatur tamen intestatus; quia scilicet haec conditio, quamvis vi verborum contineat disjunctivam, attamen inspecta mente testatoris continet copulativam, et ita, licet haec conditio existat, quatenus disjunctiva est contenta veritate unius partis, attamen, cum sit accipienda pro copulativa, quae requirit veritatem utriusque suae partis, conditio fideicommisso adjecta intelligitur defecisse; sed quaeret quis rationem, cur hic disjunctiva accipiatur pro copulativa? Ejus ratio est quod, cum in casu quo filius liberos haberet, testator inspectis verbis in ejus potestate reliquerit, ut efficeret ne fideicommisso locus sit, condendo scilicet testamentum, credibile non sit quod testator fideicommissum ab ejus arbitrio suspenderit, et ita creditur testatorem ea verba, quae disjunctive expressit, accepisse copulative.

Quid igitur si in casu filius liberis non relictis decesserit, sed facto testamento, an fideicommisso locus erit? Et quidem inspectis verbis, iterum fideicommisso locus esset, sed, cum inspecta mente testatoris haec propositio disjunctive prolata debeat accipi pro copulativa, fideicommisso locus non erit.

Sed dicet quis, imperatorem tantum tractare casum, quo filius decessit relictis liberis et sine testamento, et in eo casu statuere disjunctivam pro copulativa esse accipiendam; ergo, cum casum non tractet quo filius decessit non relictis liberis, sed facto testamento, propositio praedicta adhuc debet accipi in naturali suo sensu, seu pro disjunctiva. Sed hoc admitti non potest, etenim juxta decisionem imperatoris, haec propositio est habenda pro copulativa in casu, quo filius relictis liberis decessit; ergo omni casu pro copulativa est habenda; et hic applicari potest regula, quod eadem verba in eadem oratione semel expressa semper debeant accipi in eadem significatione, quo spectat *L.* 4 § 2 *de vulg. et pupill. subst.*, scilicet si testator hanc propositionem intellexerit copulative pro casu, quo relictis liberis decessisset, eamdem sane eodem sensu accepit pro casu, quo sine liberis, sed testamento facto decessisset, cum haec duo conjunxerit in eadem propositione.

Argumento hujus legis aliquando decisa fuit quaestio similis in concilio Mechliniensi: casus erat hic. Filius erat institutus heres, et gravatus fideicommisso sub conditione *si decessisset sine liberis, vel intra annum 25:* decessit sine liberis, sed ultra annum 25: decisum fuit fideicommisso locum non esse, ex eo quod haec disjunctiva pro copulativa esset habenda.

§ XXV.

Nunc videamus de conditionibus, quae tacite subintelliguntur ex dispositione legis, propter praesumptam voluntatem testatoris. Imprimis, si ascendens gravet descendentem fideicommisso, subintelligitur conditio *si sine liberis legitimis decesserit*, ita ut si liberos susceperit, et iis relictis decesserit, non sit locus fideicommisso; id primo introductum fuit per responsum Papiniani in *L.* 102 *ff. h. t.* Dixi *liberis legitimis*, nam nec adoptivi, nec naturales sufficiunt, nisi hi essent per subsequens matrimonium legitimati; sed insuper requiritur ut fideicommisso gravatus tempore conditi testamenti nullos liberos habuerit, alias enim, quamvis postea alios suscepisset, illi non impedirent fideicommissum, nam quod haec conditio subintelligatur in fideicommisso, inde est quod, cum fideicommisso gravatus nullos liberos haberet tempore conditi testamenti, praesumatur quod testator gravans descendentem fideicommisso de ipsorum supernascentia non cogitaverit, ita ut si cogitasset, praesumatur quod descendentem suum fideicommisso non gravasset, sed maluisset bona sua pervenire ad nepotes, cum in dubio nemo nunquam praesumatur velle alienum sanguini proprio anteferre.

Quid igitur si pater instituisset filium et extraneum, eosque gravasset mutuo fideicommisso post mortem restituendo ei qui supremus vixisset? Hoc casu certo haec conditio non subintelligitur in fideicommisso, quo extraneus gravatus est in favorem filii; haec enim conditio tantum subintelligitur in casu, quo ascendens gravat descendentem,

sed oee etiam illa conditio subintelligetur in eo fideicommisso, que gravatus est filius in favorem extraoei, si oimirum testator uoica oratione boc fideicommissum coodiderit, idqua argumento *L.* 4 § 2 *ff. de vulg. et pupill. subst.* Ab hac conditione differt illa, quae bodie ex malc intellecta *L.* 8 *cod. de revoc. donat.* subintelligitur in denatione inter vivos; conditie enim, quae subintelligitur in fideicomuisso quo asceodens gravat descendentem, est haec *si sine liberis deeesserit*, sed quae subintelligitur in donatione est haec *si liberi mihi supernascontur*; unde si descendeos quidem liberos susceperit, sed sint praemortui, conditio fideicommissi iotelligetur existere, ideoque fideicommisso locùs erit; sed si donatori liberi sint supernati post factam dooationem, quamvis decesserint antequam revoearet dooationem, oibilominus iis mertuis potest adhuc revocare donationam, quia verum est dicere axtitisse conditionem, quae vi eoosuetudinis subintelligitur in donationa, et qua eveoiente permittitur revoeatio donatioois.

§ XXVI.

Hie quaeri potest, ao liberi positi in conditiona debeaut etiam censeri positi in dispositiona; v. g. testator Titium heredem institueos, eum gravavit fidaieommisso sub conditione *si sine liberis decesserit:* quaeritur an, si postea liberos susceperit, intelligantur ad fideicemmissum vocati, ita ut pater oon possit ipsis intervertere fideicommissum, quamvis causam ingratitudinis eemmisisseot? Et ex prineipiis juris certum apparet eos noo iotelligi vocatos, etenim conditio non dispooit, sed tantum suspendit ipsam dispositiooem. Id probat *L.* 8 *ff. si quis omisso causo test.*, io qua proponitur proximus ab intestato institutus heres sub cooditione *si Titio decem dederit*, is repudiavit hereditatem ex testameoto ut adiret ab iotestato; eo autem casu hares testameoto iostitutus, et ab intestate adiens nibilominus debet praestare legata in testamento relicta: quaerit J. C an io casu Titius illa decem petere possit, et dicit eum petere oon posse; reddit ratiooem, *neque enim legatarius est*, id est Titius in easu tantum est positus *in* conditione, nullaque in ejus favorem facta est dispositio; itaque illa decem petere oon poterit, quae tamen petere posset, si intelligeretur positus io dispositione. Probant quoque *L.* 1 *cod. de pactis*, *et L.* 11 *eod. de transaet.*, in quibus proponuntur fratres instituti, et mutuo fideieommisso gravati sub eenditiooa *si sine liberis alteruter decesserit* illi inter se transegerunt super hoc mutuo fideicommisso: quaerit J. C. ao haec traosaetio rata sit, et decidit transactionem valere; jam autem illa transactio noo posset babere effectum, si liberi intelligereotur vocati ad fideicommissum, tune enim pater per transaetionam non potuisset jus ipsis quaesitum auferre.

Non obstat quod quando adjieitur conditio *si sine liberis*, testator voluerit liberos fidueiarii praeferre fideicommissario; nam verum noo est testatorem simpliciter, et absolute liberos fiduciarii praetulisse fideicommissario, sed tantum sub cooditiona *si pater velit*, id est si pater non faciat testamentum, at alios iostituat heredes; itaque testater quidem praetulit liberos fidueiarii fideicommissario, ast ooo simpliciter, sed ab intestato tantum, id est in supposito quod pater testamentum non faeiat.

Neo obstat etiam *L.* 85 *ff. de hered. inst.*, in qua proponitur testatorem Titium fratrem suom instituisse heredem, et subjeeisse: *si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius moriatur quam hereditatem meam adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et heredes mihi aequis partibus sunto*: et respondet J. C. in fioe legis, quod eo casu noo fratrem solum heredem praetulerit substitutis, sed et ejus liberos, jam autem liberi tantum erant positi in eonditione; sed ratio illius est, quod J. C. quidem intelligat testatorem praetulisse liberos fratris substitutis, ast non simpliciter, sed ab intestato.

§ XXVII.

Nuoc quaeritur an cooditio adjecta institutioni intelligatur repetita in legato? Et dicendum oon intelligi repetitam, quod probat *L.* 14 *ff. de manum. test.*, in qua proponitur servo simplieiter legata libertas, et insuper beres institutus sub conditione: dicit J. C. quod, si cooditio institutioni adjecta defieiat, equidem futurus sit liber. Probat quoque *L.* 104 § 6 *ff. de leg.* 1, io qua propooitur hares institutus, *quondoque mater ejus decessisset*: deinde secundus hares erat scriptus, et ab eo legata relicta erant ei, qui sub cooditione heres institutus fuarat: primus viva matre decesserat: quaesitum fuit an legata beredibus ejus deberentur: et respondit J. C. daberi. Institutio tamen ejus erat cooditionalis, uti J. C. expresse monet, diea enim incertus erat adjectus institutioni, decesserat ante diem, sicque conditione arat defectus quoad institutionem, et oihilominus J. C. respondet legata ai deberi; ergo cooditio adjecta iostitutiooi oon intelligitur in legato repetita, alias aoim in casu legatum oon deberetur, cum proponatur mortuus ante diem iostitutiooi adjectum.

Obj *L.* 70 *ff. h. t.*, in qua propooitur matrem iostituisse suos filios sub conditioue *si a patre emaneiparentur:* ipsis praelegata reliquerat, nulla adjecta conditione: dicit J. C. quod, si ante emaneipationem adiariot, oon tantum per eos pater noo consequatur hereditatem, sed nec praelegata ipsis relicta. R/. Hic est specialis ratio, cur pater legata per filios ooo coosequatur, eteoim

mater noluerat portionem hereditatis, ex qua liberos instituerat, ad patrem pervenire, ut clare patet ex conditione institutioni adjecta; ergo a fortiori credendum est eam noluisse pervenire praelegata, nam legata ex natura sua lucrativa sunt, ubi hereditas aliquando damnosa esse potest.

Obj. *L.* 83 *ff. de leg.* 2, in qua proponitur quod libertus patronum instituerit heredem ex semisse, et filiam suam ex altero semisse: hujus fidei commiserat, ut hereditatem restitueret quibusdam ancillis patroni, *cum hae essent manumissae*: postea subjecerat, *et si ea filia mihi heres non sit, easdem ancillas ipsi substituo:* nulla adjecta conditione, ancillae praedictae, antequam manumissae essent, cum filia repudiasset, adierunt hereditatem, postea a patrono manumissae petebant fideicommissum: respondet J.C., in casu quidem *fideicommissum non videri repetitum a liberto*, *melius autem dici in eumdem casum substitutas videri, in quem casum fideicommissum meruerant, et ideo ad substitutionem eas vocari;* insinuat ergo quod jussu patroni adeuntes antequam manumitterentur, non recte adicrint, sed jam manumissae de novo adire possint ex substitutione; hic itaque conditio adjecta fideicommisso intelligitur repetita in substitutione. R. Nec illa lex contra nos facit, quia hic apparet voluntas liberti nolentis ut ea pars, ex qua filiam instituerat heredem, et ad quam ex fideicommisso vel ex substitutione vocaverat ancillas praedictas, ad patronum perveniret; etenim substitutionem in locum fideicommissi substituerat in casu, quo fideicommissum non posset habere locum, propterea quod instituta non esset heres; itaque omnino praesumendum, quod substitutionem sub eadem conditione intellexerit, sub qua ordinaverat fideicommissum.

§ XXVIII.

Quaeritur similiter an conditio adjecta institutioni subintelligatur in substitutione? R. negative, ut aperte docet *L.* 73 *ff. de hered. instit.;* quia qui substitutum vocat in casum, quo institutus heres non sit, ostendit suam sollicitudinem, ut in omnem casum heredem habeat. Itaque contra verosimilem mentem ejus fieret, si conditionem adjectam institutioni subintelligeremus in substitutione; saepissime enim ex eadem ratione qua deficit institutio, nimirum quod conditio deficiat, etiam deficeret substitutio, et ita testator intestatus decederet.

Non obstat *L.* 95 *ff. h. t.*, in qua dicitur quod, si legatum Titio relictum sit sub conditione, et ab eo in alterum pure translatum, etiam in translatione subintelligatur conditio, quae legato Titii fuerat adjecta. Nam disparitas est, quod in translatione non aliud contingat quam surrogatio personae, quae ideo etiam intelligitur sub iisdem conditionibus facta, quibus prius legatum erat relictum, nimirum in translatione testator non vocat secundum in locum primi deficientis, sed, quamvis is etiam possit et velit acceptare hereditatem aut legatum, id tamen ei quaesitum non vult, sed alteri, in quem id quod primo dederat transfert; unde cum tantum primo illud dederit sub conditione, similiter tantum sub conditione creditur dedisse secundo. Aliud contingit in substitutione, per eam enim substitutus vocatur in locum instituti deficientis; unde hic non est surrogatio simplex unius personae in locum alterius, sed vocatio in casum quo alter deficeret; atque adeo, cum conditione deficiente institutus deficiat, non potest conditio intelligi repetita in substitutione, alias enim ex eadem causa ordinarie deficeret substitutio.

Est tamen exceptio a praedicta regula, quando nimirum conditio adjecta institutioni est potestativa, vel mixta, eaque continet favorem tertii; v. g. testator dixit *Titius heres esto*, *si Maevio decem dederit*, postea dixit *si Titius heres non sit*, *Sempronius heres esto*, quamvis conditio dandi decem non sit adjecta substitutioni, tamen Sempronius, ut ad hereditatem admittatur ex substitutione, Maevio 10 dare debet: id autem factum est exemplo ejus, quod ex constitutione divi Severi habetur, quod scilicet legata ab institutis relicta intelligantur a substitutis repetita; hinc factum est, ut quando conditio continet favorem tertii, ea intelligatur repetita a substituto.

Non obstat quod *d. L.* 73 *ff. de hered. inst.* non distinguat, sed generaliter loquatur, quia illa lex est Gaji, qui vixit ante divum Severum; jam autem, ut constat ex *L.* 74 *ff. de leg.* 1, imperator Severus primus introduxit, ut legata ab instituto relicta a substituto intelligerentur repetita; hinc Gajus hujus exceptionis non potuit facere mentionem.

§ XXIX.

Quid si conditio pro parte sit impleta, v. g. Titio legatus est fundus sub conditione *si Maevio decem dederit?* R. Si Titius quinque dederit Maevio, partem dimidiam fundi sibi legati petere non poterit; quia conditio in totum debet adimpleri, adeo ut si vel unus obolus solvendus maneat, nullam partem fundi petere possit, et hoc est quod dici solet *quod omnis conditio sit individua*, et sane; nam omnis conditio continet eventum, a quo dispositio suspenditur, et ante cujus existentiam dispositio exitum sortiri non debet pro ulla sui parte (*L.* 25 § 13 *ff. fam. erisc.*, et *L.* 56 *ff. h. t.*).

Quid igitur si duobus eadem res legata sit sub conditione dandi decem, et unus sua quinque dederit, alter non dederit, an is qui quinque dedit partem rei petere poterit? Hanc quaestionem tractat J. C. in *cit. L.* 56, et decidit eum suam partem petere posse; sed an in casu conditio est di-

vidua? ℟. negative, sed cujusque legato intelligitur adjecta conditio, ut J. C. dicit in verbis, *nam quamvis summa universae conditionis sit adscripta, enumeratione personarum potest videri esse diversa;* scilicet legata intelligitur primo pars fundi sub conditione *si quinque dederit*, secondo similiter pars sub eadem conditione; ita ut cujusque legato intelligatur diversa conditio adjecta, idque ideo quia non est verosimile quod testator legatum unius voluerit suspendere ab arbitrio alterius, quod tamen contingeret, si non intelligeremus cujusque legato diversam conditionem esse adjectam. Ex eadem ratione invaluit ut, si conditio contineret factum individuum v. g. *si domum aedificaverit*, tali casu si unus ex ipsis nolit implere conditionem, alter solidum factum interponendo poterit consequi solidum legatum, quod post varias disputationes tandem statutum fuit in *L. pen. cod. de condit. insertis.*

§ XXX.

Huc spectat *L.* 78 § 7 *ff. ad S. C Treb.*, ubi testator instituerat Gajum Sejum ex semisse heredem, Luciam Titiam ex quadrante, et alios ex reliquo: postea Gajum Sejum et Luciam Titiam fideicommisso gravaverat hoc modo: *Gaj Sej et Lucia Titia fidei vestrae mando ut post obitum vestrum reddatis restituatis Titio et Sempronio semissem patrimonii et portionis ejus quam vobis dedi*; hic notari debet, quod dies incertus esset adjectus fideicommisso, adeoque conditionem facit: quaerit J. C. quid si Gajus Sejus defunctus esset ante Luciam Titiam, an dimidiam partem semissis, quam rogatus erat restituere, statim debeat reddere, an vero demum post mortem Luciae Titiae? Et respondet Gajum Sejum statim teneri ad partem dimidiam semissis; ejus ratio est quod illud tempus adjectum fideicommisso debeat resolvi in duo tempora, quorum unumquodque adjicitur fideicommisso cujusque, ita ut in casu perinde sit quasi testator dixisset, *Gaji Seji restituas partem semissis tui post mortem tuam, Lucia Titia similiter restituas partem tui quadrantis post mortem tuam*, ita ut unumquodque fideicommissum habeat suum diem separatum; unde haec conditio non dividitur, sed resolvitur in duas alias, ex quibus una adjicitur fideicommisso respectivo cujusque, idque ex praesumpta voluntate testatoris, qui non unum et eundem diem utriusque fideicommisso, sed diversum adjecisse intelligitur.

Obstat tamen *L.* 10 *cod de impub et aliis subst.*, in qua testator duos filios impuberes instituens heredes ita substitueral, *si uterque impubes decederet*: unus impubes decessit: dicit imperator substitutum ad ejus portionem non esse admittendum, nisi et alter in impubertate decedat, ita ut tantum post mortem utriusque, si in pubertate decesserint, substitutus admittatur; ergo etiam in *L.* 78 fideicommissum praestandum non venit ante mortem utriusque, ita ut, si fideicommissarius quidam uni supervixerit, sed non alteri, ad neutrius portionem admitti possit. ℟. Disparitas est, quod in lege objecta obstent et voluntas testatoris et verba quominus ea conditio in duas alias resolvatur; imprimis *voluntas*, quia eo casu credendum est testatorem voluisse servare inter liberos jus legitimarum hereditatum; obstant etiam *verba*, quia ibidem testator non direxerat verba ad filios, sed impersonaliter erat locutus, ubi in *L.* 78 verba direxerat ad fideicommissarios, unde poterat videri utriusque fideicommisso adjecisse diversum tempus.

Obs. *L.* 87 § 2 *ff. de leg.* 2, ubi testator libertis suis legaverat fundum, fiduique eorum commiserat ita: *fidei autem vestrae vere et sapide committo, ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis ultimus decesserit, cum morietur restituat Symphoro liberto meo*: quaesitum fuit quod si unus decessisset ante alterum, an hoc ipso quo primus defecit ejus pars statim Symphoro praestanda sit: et respondet J.C. expectandam esse mortem utriusque; ergo etiam in casu *L.* 78 expectanda erit mors utriusque. ℟. Etenim hic specialis ratio occurrit cur expectanda sit mors utriusque, nam testator voluerat ut ultimo moriens integrum fundum Symphoro praestaret; jam autem id fieri non poterat, nisi pars primi morientis ad ultime morientem pervenisset; unde hoc ipso testator intelligitur ordinasse tacitum fideicommissum, quo primo moriens sit gravatus in favorem superstitis; nil simile occurrit in casu *L.* 78.

Idem respondendum ad *L.* 34 *ff. de* usu *et usufruct. leg.*, ubi testator libertis suis reliquerat fundum, eosque in eo sibi invicem substituerat, et postea dixerat *quod post novissimi decessum illum fundum pervenire vellet ad rempublicam Arelatensium*; iisdem libertis insuper legaverat habitationem in domo quamdiu viverent, et postea dixerat *quam domum post mortem ad rempublicam pervenire volo:* quaesitum fuit quid si unus ipsorum decessisset, an portio quam in ista domo habuit habitandi causa, statim ad rempublicam pertineret: et respondet non pertinere, sed expectandam esse mortem omnium.

§ XXXI.

Omnis conditio debet esse impleta ut legatarius, vel heres, vel alius quivis, cui sub conditione quid est relictum, illud petere possit, et hoc quidem etiam verum est in conditionibus, quae in non faciendo consistunt; si tamen haec talis esset ut ante mortem heredis, vel legatarii existere non posset, introducta est cautio Muciana, qua mediante legatarius legatum statim petere potest, mo-

do caveat quod si conditioni contravenerit, rem relictam cum fructibus, usuris, et omni eo quod ex ea provenit sit restituturus; itaque si Titio legatum relictum sit sub conditione *si Capitolium non ascenderit*, cum haec conditio talis sit, ut ante mortem Titii existere non possit, nam etiam in ipso momento mortis incertum est an Titius Capitolium ascensurus non sit, poterit admitti ad legatum, praestita hac cautione (*L.* 7 *et* 73 *ff. h. t.*); et haec cautio, quae primum introducta fuit pro legatis sub simili conditione relictis, postea extensa fuit ad hereditates, sive institutiones, ut constat ex *L.* 7 *cit.*

§ XXXII.

An haec cautio locum habet, si quid debeatur ex contractu sub simili conditione? R/. negative; disparitas est quod legata, et omnia quae in testamento relinquuntur, soleant relinqui ex speciali affectione, et amicitia erga personam legatarii, cui testator principaliter vult consultum, non heredibus ejus, quos forte non novit; jam autem ubi quid sub tali conditione relictum est, si eventus ejus esset expectandus, legatum nunquam ipsi legatario prodesset toto tempore vitae ejus; hinc ex praesumpta voluntate testatoris, qui si scivisset legatarium non contraventurum conditioni, certo legatum pure reliquisset, Quintus Mucius invenit viam, qua ad legatum posset admitti, absque eo quod voluntati testatoris contraveniret, introducens scilicet hanc cautionem, quae ab ipso vocata est *Muciana*. Haec aliter se habent in contractibus; in his enim quisque sibi et suo commodo studet, unde debitor recte dicet quod ante conditionis eventum noluerit efficaciter obligari, quodque eam adjecerit in sui favorem. Ut huic cautioni locus sit, requiritur ut conditio sit talis, ut certum sit eam non extituram, nisi post mortem legatarii. Hinc juxta *L.* 106 *ff. h. t.*, huic cautioni locus non est, si testator legatum Sejae reliquerit sub conditione *si Titio non nupserit*, quia scilicet potest fieri ut Titius moriatur ante Cajam, et sic in vita Sejae conditio adscripta legato existet. Simile exemplum proponitur in *L.* 72 § a *ff. h. t.*

Proponuntur tamen duae exceptiones ab hac regula, quas vide in *L.* 72 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*, ubi rationem specialitatis J. C. subjicit.

Haec cautio praestanda est ei, ad quem alias quod sub simili conditione relictum est perventurum est, ea deficiente; hinc si legatum relictum sit, haec cautio praestanda est heredi, si heredi instituto datus sit substitutus papillaris, non tantum heredi instituto, sed etiam substituto erit cavendum. Quid si heres esset institutus sub simili conditione, cui cavere debebit? Imprimis, si substitutum habeat, certum est quod debeat cavere substituto; si substitutum non habeat, et forte sit institutus heres ex parte, cavere debebit coheredi suo; quod si ex asse sit institutus, nec substitutum habeat, cavere debebit heredibus ab intestato.

§ XXXIII.

Modus differt a causa, quod causa sit collata in praeteritum, v. g. *Titio lego centum, quia negotia mea curavit*, et modus confertur in futurum, v. g. *lego Titio centum ut det Maevio fundum*. Modus differt a conditione, primo, quod qui in conditione positus est, nullam habeat actionem, quam habet is qui positus est in modo, saltem post *L.* 2 *cod. de his quae sub modo relinq.*, v. g. si testator dixerit *lego Titio fundum, si det Maevio decem*, Titius non admittetur ad legatum, nisi praevie decem dederit, sed Maevius nullam actionem habet ad petenda illa decem a Titio; si vero dixerit *lego Titio fundum ut det decem Maevio*, Titius admittetur ad legatum, etiam decem needum datis, sed Maevius statim ac Titius accepit legatum, actionem habet, qua eum conveniet ad danda decem. Secundo, si aliquid relictum sit sub conditione, quae erat possibilis tempore facti testamenti, sed postea impossibilis esse coepit, legatarius non admittetur ad legatum; si autem aliquid similiter sub modo relictum sit, propterea legatum non amittit quod non possit implere modum. Tertio, si aliquid relictum sit sub conditione impossibili, conditio detrahitur, nec impleri debebit; ast si aliquid relictum sit sub modo, qui impleri nequeat, is saltem implendus est secundum id, quod maxime accedit ad voluntatem testatoris.

TITULUS II.

AD LEGEM FALCIDIAM.

TITULUS III.

SI CUI PLUS QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT LEGATUM ESSE DICETUR.

§ I.

Lege *XII. Tabb.* amplissima potestas concessa erat patribusfamilias in testamento de bonis suis

disponendi; sed cum passim hac potestate abuterentur heredes suos gravando legatis ultra modum, ita ut nullum aut minimum lucrum sperantes plerumque hereditatem repudiarent, et ita legata, fideicommissa, caeteraeque dispositiones corruerent, necessum fuit huic malo medelam adferre; et ideo variae fuerunt in hanc rem leges latae. Primae fuerunt lex Furia et Voconia, quarum prima prohibebantur testatores cuiquam legatario legare ultra 1000 asses, altera prohibebantur cuiquam legatario plus legare quam uni heredum suorum reliquissent. Sed cum hae leges praedicta incommoda non tollerent, lata fuit lex Falcidia a Falcidio tribuno plebis, qua cautum ne quis plus legaro posset quam dodrantem bonorum, ita ut quarta eorum penes heredem remaneret deberet: quod si testator ultra dodrantem legaret, ex singulis legatis partem detraheret heres, ut integram quartam salvam haberet.

§ II.

Haec quarta Falcidia competit soli heredi legatis gravato ultra dodrantem, non legatariis, neque fideicommissariis etiam universalibus; in his enim cessat ratio introductae Falcidiae, nam, licet illi repudiarent legatum aut fideicommissum, non ideo testamentum corrueret. Quod si ponamus duos heredes scriptos, quorum unus gravatus est ultra dodrantem suae portionis, alter non, ita ut testator ultra dodrantem suorum bonorum non legaverit, v. g. testator 400 in bonis habens instituit heredes Titium et Maevium, a Titio legavit 200, et nihil a Maevio, inspectis verbis legis Falcidiae, quae extant in *L.* 1 *ff. h. t.*, et quae sic se habent, *dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant*, videbatur dicendum Falcidiae locum non esse, quatenus tantum vetaret legare ultra dodrantem hereditatis; inspecta tamen mente legis, crediderunt J. C. in singulis heredibus rationem legis Falcidiae esse habendam (*L.* 77 *ff. h. t.*), ita ut testator a nullo herede posset legare ultra dodrantem portionis ejus.

§ III.

Sed quid si in casu § praecedentis unus coheredum deficiat, ita ut alter acquirat totam hereditatem, an et quomodo quartae Falcidiae locus erit? Distinguendum, utrum portio huic heredi obveniat jure accrescendi, an jure substitutionis; et si obveniat jure accrescendi, distinguendum iterum an portio non gravata accedat gravatae, an vero portio gravata accedat non gravatae; priori casu detractio Falcidiae cessabit, posteriori huic locus erit (*L.* 1 § 14 *ff. h. t.*, et *L.* 78 *ff. eodem*). In *L.* 1 J. C. proponit casum, quo portio coheredis defuncti legatis exhausta est, et dicit quod si illam vindicaverim, ex sententia Sabinianorum portiones sint confundendae, cui consequens esset cessare detractionem Falcidiae; sed postea dicit Proculum contra sensisse, cui assensit Julianus; quam sententiam ipse Paulus dicit esse verosimiliorem, quam proinde approbat. Nec facit quod Paulus referat divum Antoninum secutum esse sententiam Sabinianorum; nam post compositionem Digestorum omnes leges veteres vires suas amiserunt, nisi quatenus per imperatorem Justinianum sunt reassumptae et confirmatae; unde, cum imperator hanc legem collocet sub nomine Pauli, ejus sententiam approbat, rejecta sententia Sabinianorum. Haec sententia a ratione quoque probatur; etenim dum portio gravata accedit non gravatae, heres legata exsolvens ea non exsolvit ex suo capite, sed ex capite coheredis sui deficientis; ipse enim his legatis nunquam gravatus fuit a testatore, sed coheres ejus: aequissimum autem videtur, ut ex cujus persona quis sentit onus, etiam ex ejusdem persona sentiat commodum; sicuti ergo caheres, si extitisset heres, legata integra solvere non debuisset, sed quartam deducere potuisset, ita et ille cui portio ejus accrescit quartam deducere poterit: si autem portio non gravata accrescat gravatae, cessabit deductio (*L.* 78 *ff. h. t.*). Ratio est quod hoc casu legata exsolvat ex suo capite, unde, cum etiam ex suo capite, postquam portio deficientis sibi accrevit, quartam salvam habeat, deductioni amplius locus esse non potest: quod autem ex suo capite quartam salvam habeat, ex eo patet, quod portionem deficientis capiat beneficio suae portionis, ex qua erat institutus heres.

Quod si portio deficientis ad alterum perveniat ex substitutione, iterum distinguendum utrum portio non gravata perveniat ad gravatam, an vero gravata ad non gravatam; priori casu, uti omnes admittunt, deductioni locus non erit, sed posteriori casu verius videtur deductioni locum fore (*L.* 1 § 13 *ff. h. t.*). In *L. cit.* J. C. sic ait: *id quod ex substitutione coheredis ad heredem pervenit proficit legatariis* (in casu nimirum, quo portio non gravata accrescat gravatae, uti ex iis quae postea subjicit evidenter apparet): reddit rationem, *is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto*: prosequitur, et de casu quo portio gravata accedit non gravatae ait, *sed ea quae ab eo legata sunt* (id est ab eo qui defecit), *si omiserit, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi heres erit*; dicit ergo J. C. quod si legata nominatim relicta sint ab eo qui deficit, et portio ipsius ad alterum perveniat ex substitutione, a priore relicta legata non augeantur, quod idem est ac si diceret, quod alter perinde possit deducere quartam Falcidiam ac alter potuisset. Hoc quoque ratio juris probat, nimirum, cum legata supponantur

Digitized by Google

nominatim relicta ab eo qui deficit, alter ad quem ejus portio pervenit nec praestat legata ex suo capite, sed ex capite coheredis deficientis; jam autem ex cujus persona quis onus sentit, etiam aequum est ut commodum sentiat; unde cum ille potuisset deducere quartam Falcidiam, etiam hic poterit. Ex quo apparet aliud fore dicendum, si coheres deficiens nominatim gravatus non esset, sed portio gravata foret, v. g. testator dixisset *quisquis mihi heres extiterit, ex ea portione Titio do lego,* quod J. C. reflexit in d. *L.*, idque ideo, quia jam legata solvere debet nec ex capite deficientis, sed ex capite proprio; unde cum ex altera portione quartam salvam habeat, legata integra praestare debebit.

Obj. quod quando portio deficientis obvenit ex substitutione, tunc eam capiat non beneficio legis aut suae portionis, uti contingit quando obvenit ex jure accrescendi, sed ex voluntate testatoris, qui eum coheredi substituit; ergo etiam legata integra exsolvere debebit, cum ex altera portione, quam similiter ex voluntate defuncti capit, quartam salvam habeat. R. quod, quamvis portionem deficientis ex voluntate testatoris capiat, attamen legata non praestat ex voluntate testatoris, sed vi legis, testator enim ipsum his legatis non gravavit, sed eum qui defecit; id autem clare patet ex eo, quod testator eum substituens priori cogitaverit fieri posse, ut portio ejus ad eum perveniret; unde cum legata non repetierit, satis evidens est quod ab eo legata non voluerit praestari. Et revera ante rescriptum divi Severi, cujus fit mentio *in L.* 61 § 1 *ff. de leg.* 2, substitutus ideo non tenebatur exsolvere legata, unde Julianus ibidem in ea sententia erat, ut legata ab instituto nominatim relicta non essent praestanda a substituto; quod itaque legata praestanda veniant a substituto, quae ab instituto erant relicta, unice venit ex rescripto divi Severi, qui hoc induxit ex praesumpta voluntate testatoris, hac ratione nimirum, quod testator institutum praedilexerit substituto, unde, cum institutum gravasset legatis, credidit etiam testatorem verosimiliter voluisse legata a substituto praestari; itaque ex hoc ratiocinio tantum sequebatur quod substitutus deberet eodem modo teneri ad exsolvenda legata, uti institutus, non vero quod teneri deberet in plus; jam autem, nisi substitutus Falcidiam deducere posset, uti institutus potuisset, ille magis gravaretur.

Obj. *L.* 74 *ff. de leg.* 2, in qua dicitur quod per rescriptum divi Severi legata, quae ab instituto sunt relicta, videantur voluntate testatoris repetita a substituto. R. Ex eo quod legata intelligantur repetita a parte rei, tamen per testatorem repetita non sunt, quinimo, ut jam diximus, testator eum substituens coheredi certo cogitavit fieri posse, ut portio coheredis deficientis ad substitutum perveniret, legata tamen non repetiit; itaque merito dubitari potest utrum testator voluerit legata per substitutum exsolvi, unde legata quidem per substitutum solvenda sunt ex rescripto divi Severi, hac ratione quod testator institutum praedilexerit substituto: ex hac autem ratione tantum sequitur, quod substitutus debeat exsolvere legata, uti institutus, non autem ut in plus teneatur, eoque sensu accipienda sunt verba *L.* 74.

Obj. *L.* 87 § 4 *ff. h. t.*, in qua proponitur testatorem filium suum impuberem, et Titium aequis partibus heredes scripsisse, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil, eumdem Titium filio suo substituerat: quaerit J. C. si Titius ex substitutione heres extiterit, quantum legatorum nomine praestare debeat: et dicit quod, si ex substitutione vulgari heres extiterit, solida legata exsolvere debeat, et portiones sint confundendae; ergo, ubi portio gravata ex substitutione pervenit ad coheredem, qui suam portionem liberam habet, Falcidiae locus non est; hic enim supponitur quod portio filii gravata pervenerit ad substitutum, cujus portio gravata non erat. R. Ratio illius est, quod hic legata non exsolvuntur ex capite coheredis deficientis, sed Titius ea debet exsolvere ex suo capite, idque ideo, quia hic agitur de casu quo legata erant repetita a Titio in substitutione. Ast nos agimus de casu, quo legata repetita non sunt, et quamvis in lege hac de re non fiat mentio, attamen Julianum, qui est auctor hujus legis, hoc supponere probatur ex comparatione *L.* 61 § 1 *ff. de leg.* 2, ex qua constat Julianum ejus sententiae fuisse, ut legata ab instituto relicta non essent exsolvenda per substitutum, nisi ab eodem sint repetita; itaque, ne dicamus Julianum sibi ipsi contradixisse, necessarie dicere debemus eum in hac lege supponere legata esse repetita a substituto.

Instant et dicunt, nullo modo posse admitti legata fuisse repetita a Titio, quia per verba finalia *L.* 87 § 4, ubi J. C. ait *quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli*, videtur quod ab eo repetita non fuerint, quia si fuissent repetita, non defuncti pupilli nomine, sed suo ad haec legata exsolvenda esset obligatus. R. Ratio hujus est, quod J. C. in his verbis tractet de altero casu, nimirum quo Titius extitit heres pupillo ex substitutione pupillari; hoc autem casu non supponit legata fuisse repetita, quod nec supponi debebat, nam statim atque pupillus extitit heres patri suo, ipse his legatis coepit obligari, quae obligatio adversus pupillum nata transit in heredem ejus, atque adeo in casu transit in Titium substitutum; non erat ergo necesse hic repetere legata, ut Titius ex pupillari substitutione existens heres ad ea teneretur.

Quod si portio gravata accrescat gravatae, indistincte, sive jure accrescendi, sive jure substitutionis accedat, sive minus gravata accedat magis gravatae, aut viceversa, partes erunt confundendae, idque evidenter probat *L.* 87 § *ult. ff. h. t.*; neque mi-

Digitized by Google

rum, quod enim in prioribus casibus distinguebemus utrum gravata accederet non gravatan, aut viceversa, id erat in favorem beredis, cui portio gravata accedebat; hic autem favor ille prorsus cessat, quando utraque portio est gravata ultra dodrantem; unde omnia legata simul confunduntur.

Quid jam si portio accedat ex substitutione pupillari? Eaedem faciendae sunt distinctiones, ut siquidem gravata accedat non gravatan, deductioni Falcidiae locus sit, id probant *L.* 11 § 7, *et L.* 87 § 4 *ff. h. t*; si autem portio non gravata accedat gravatae, cessabit Falcidian deductio, ut probat *L.* 87 § 5 *ff h. t*; sin antem gravata accrescat gravatan, portiones erunt confundendae (*ead. L.* 87 § *ult.*).

§ IV.

Nunc videamus quaenam in Falcidiam imputentur. Imputantur autem tantum ea, quae jure haeredis capiuntur, non ea quae jure legati, fideicommissi aut conditionis implendae causa; etenim lex Falcidia absolute prohibuit ultra dodrantem legare; itaque solum ea, quan jure hereditario capiuntur aut retinentur, in Falcidiam imputanda veniunt. Hinc quaesitum fuit de fructibus rerum legatarum utrum in Falcidiam imputari debeant, id est utrum propter illos tanto minus ratione Falcidian deducendum sit? Et quod attinet fructus maturos tempore mortis testatoris, hi certo imputandi veniunt (*L.* 9 *ff. h. t.*); qnia scilicet hi fructus augent hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo tempore fuissn pretiosior: fructus autem, qui tempore mortis necdum extabant, sed postea per heredem sunt percepti, siquidem res ex quibus nati sunt pure sint legatan, fructus ex iis per heredem interim percepti non venient imputandi, nisi forte heres fuisset in mora exsolvnndi legata, aut specialiter rogatus esset eos praestare legatario (*L.* 18 *ff. ad S. C. Trebell.*); si sub conditione, vnl in diem, tunc fructus interim percepti usqun ad existentiam conditionis, vel diei imputandi veniunt (*L.* 15 § 6 *ff. h. t.*). Ratio differentiae est, quod primo casu heres illos fructus non habeat ex judicio, aut voluntate defuncti, sed illos habet ex bnneficio legis, aut mora ipsius legatarii, qui eitius legata non exegit; sed quando res legatan sunt sub conditione. vel ex die, fructus illi percipiuntur nx voluntate testatoris, utpote qui heredem tantum gravavit post tempus, vel existentiam conditionis, sicque interim ipsi reliquit jus percipiendi fructus; eum ergo etiam ii fruetus jure hereditario percipiantur, sane imputandi sunt.

Nec obstat quod illi fructus in hereditate non extarent temporn mortis; nam, quamvis hoc verum sit, attamen testator hoc ipso quo legata ex die, vel sub conditione reliquit, jus percipiendi fructus interim in sua hereditate reliquisse intelligitur, et ita ea ratione tanto minus legasse. Quae diximus legata, nec ea quae capiuntur conditionis implendae causa, imputari, exceptionem patiuntur, scilicet si testator expresse, vel tacite voluisset ut ea quae jure legati capiuntur in Falcidiam imputentur, ita ut si heres a caeteris legatariis Falcidiam deducere velit, ei denegetur petitio legati (*L.* 75, et etiam vide *L.* 22 *ff. h. t.*).

Notandum etiam, quod si legatarii sua legata repudient, et ita apud hnredem remaneant, imputanda sint in Falcidiam, cum tunc heres jure hereditario ea retineat.

§ V.

In ineunda ratione legis Falcidiae inspici debet tempus mortis (*L.* 73 *ff. h. t.*); unde quae postea hereditati accesserunt attendenda non veniunt, quia pro dedncenda Falcidia vidnri debet utrum testator legavnrit ultra dodrantem bonorum quae reliquit; ea autem quan postea accesserunt non funrunt in bonis testatoris; unde J. C. in *L.* 3 *ff. h. t.* rectn dicit, quod si heres hereditatem, quae solvendo non erat, vnndiderit, et notabile pretium ex vnnditione ejus consecutus sit, ita ut pretio attento plus quam quartam Falcidiam salvam haberet, id tamen legatariis non proficiat.

Sicuti autem ea, quae postea accedunt, legatariis non proficiunt, ita nec quae decrescunt legatariis nocent, ita ut si tempore mortis Falcidia salva esset, postea autem diminuta hereditate amplius salva non sit, heres Falcidiam deducere non possit. Quomodo bona, quan testator reliquit, aestimanda veniant, vide in *L.* 62 § 1 *ff. h. t.*

§ VI.

Antequam Falcidiae ratio ineatur, prius deducendum est aes alienum, ut quidem illud quod testator heredi debuit; deducendae etiam sunt funeris impensae, et pretia servorum mnnumissorum, quia haec efficiunt, ut testator moriens tanto minus in bonis reliquisse intelligatur.

§ VII.

Falcidia deducitur ex legatis et fideicommissis non tantum in testamento relictis, sed etiam ab intestato, postquam receptum est ab herede legitimo posse legata relinqui (*L.* 18 *ff. h. t.*); insuper Falcidia deducitur ex mortis causa donationibus (*L.* 5 *cod. h. t.*), eae enim legatis fnre sunt exaequatae; quinimo etiam deducitur ex donationibus inter vivos, quae tales sunt, ut tantum morte confirmentur (*L.* 12 *cod. h. t.*), quales sunt donationes inter virum et uxorem traditione perfectan, nec ante mortem revocatae, item donationes inter patrem et filium factae. Non deducitur tamen Falcidia ex mortis causa capionibus (*L.*

93 *ff. h. t.*); quia quae mortis causa capiuntur, non capiuntur ex dispositione testatoris, neque proficiscuntur ex bonis testatoris, sed ex bonis ipsius heredis.

§ VIII.

Falcidia deducenda est ex singulis legatis pro rata, ita ut statim atque heres declaravit voluntatem utendi Falcidia, omnia legata ipso jure pro rata minuantur; unde heres ex uno tantum legato Falcidiam totam non potest detrahere, relictis aliis, sed ex omnibus pro rata. Exceptio tamen est, nisi testator expresse, vel tacite designasset ex quo legato Falcidia detrahenda esset, tunc enim ex hoc solo Falcidia integra deducetur.

§ IX.

Diximus Falcidiam ipso jure minuere legata, saltem post declarationem voluntatis; quid igitur si res individua legata sit, puta servitus, actus, via *etc.*? Cum haec dividi nequeant, stricto jure Falcidia in iis cessare deberet; sed tamen, quia sic incideremus in eadem incommoda, quae lex Falcidia evitare voluit, ideo subventum est heredi, ut scilicet, si legatarius integrum legatum petat, possit repelli exceptione doli mali, nisi heredi offerat quartam aestimationis servitutis, aut ejus quod ratione Falcidiae fuisset deducendum, si ageretur de re dividua (*L.* 80 § *ult. ff. h. t.*). Quid igitur si fundus legatus sit cum via, et ita res dividua et individua simul? Si servitus viae tantumdem efficiat, quantum ratione Falcidiae ex fundo et ipsa via, si dividua foret, esset deducendum, via non debebitur, fundus autem solus, sed integer praestabitur: quod si servitus viae plus valeat, quam efficit id quod pro Falcidia fuisset deducendum ex fundo et via, utrumque debebitur, sic tamen ut legatarius legatum petens debeat offerre heredi aestimationem ejus, quod deducere potuisset ratione Falcidiae ex fundo et via (*L.* 23 *ff. h. t.*).

§ X.

Falcidia cessat in testamento militis, idque ex privilegio militari. Cessat etiam, si heres post mortem testatoris ei renuntiaret, quia legi Falcidiae satisfactum est, modo heredi jus fuerit quaesitum eam deducendi. Sed quid si vivente testatore heres ei renuntiasset? Jure veteri illa renuntiatio non valuisset, utpote cum privati juri publico derogare non possit; Falcidia autem non tantum respiciebat favorem heredis, sed etiam testatoris, atque adeo favorem publicum concernere credebatur. Quid ergo dicendum jure novo, postquam imperator in *Nov.* 1 *cap.* 2 constituit testatorem posse prohibere detractionem Falcidiae, an adhuc illa renuntiatio erit nulla? Si jubente testatore heres ei renuntiaverit, non est dubitandum quin illa renuntiatio valeat, cum ipse testator etiam invito herede detractionem ejusdem potuisset prohibere; sed quid si renuntiatum sit testatore ignorante? Adhuc dicendum videtur eam renuntiationem non valere, quia imprimis fuisset nulla jure veteri; jus autem vetus hac in parte non reperitur abregatum, nisi quatenus testator ipsemet impedire possit detractionem Falcidiae.

Cessat ergo etiam Falcidia, si testator eam nominatim in suo testamento detrahi prohibuerit (*Nov.* 1 *cap.* 2 § 2); sed de eo dubitatur, an testator verbis expressis eam debeat prohibuisse, an vero tacita prohibitio sufficiat, v. g. testator in suo testamento dixit *se velle ut integra legata praestentur*, an his verbis videtur sufficienter detractionem Falcidiae prohibuisse? Et videtur dicendum eam cessare; etenim testator hoc dicens non potest videri illud dixisse ad alium finem, quam ne legata minuantur per Falcidiam; itaque hoc ipso sufficienter debet videri eam prohibuisse, cum in toto jure nostro quoties agitur de effectu voluntatis, eadem sit vis taciti quae expressi. Nec obstat quod imperator contendat expressam prohibitionem, uti volunt ex verbis imperatoris, dum dicit *si vero expressim designaverit* etc.; non enim credendum est, quod imperator voluerit testatorem adstringere certae formulae verborum in prohibenda Falcidia, tanto magis quod Justinianus ubique fere conetur, ut omnino voluntates defunctorum exitum habeant.

Cessabat etiam olim Falcidia, si heres rem aliquam ex hereditate substraxisset, saltem in ea re quam substraxerat (*L.* 68 § *ult. ff. h. t.*). Sed jure novo heres, qui rem aliquam substraxit, duplum ejusdem reddere tenetur (*L. ult.* § 10 *cod. de jure delib.*).

Cessat etiam Falcidia, si heres inventarium non confecerit (*Nov.* 1 *cap.* 2 § 2); quia scilicet praesumitur quod tunc hereditas esset sufficiens, et quod heres aliquas res ex hereditate substraxerit, sicque effecerit ut Falcidiae locus esse videatur, cui tamen a parte rei non erat, quae praesumptio est juris et de jure non admittens probationem in contrarium; unde cum haec ratio cesset in Trebelliana, verius est eam propter omissum inventarium non amitti.

Cessat etiam Falcidia, si heres legata integra errore juris solverit (*L.* 9 § 5 *ff. de jur. et fact. ign.*); etenim error juris nunquam prodest in lucro, aut acquirere volentibus; hic autem de mero lucro agitur, quia donec heres dixerit se Falcidia uti velle, integra legata debet, sicque ea exsolvens nil indebite solvit; consequenter non debet ipsi permitti repetitio.

Neque obstat *L.* 73 § 5 *ff. h. t.*, in qua dicitur *legata per Falcidiam ipso jure minui*; quia

Digitized by Google

id quidem verum est, est post declarationem voluntatis tantum, quatenus scilicet, declarata voluntate, heres nullum factum interponere debet, ut Falcidia ipsi acquiratur; unde ante declarationem legata non minuuntur, sed integra debentur, Falcidia enim est beneficium, quod lex heredi tribuit; ea autem est natura omnis beneficii, ut non operetur ipso jure, sed tantum post declarationem voluntatis.

Neque obstat quod exceptio S. C. Vellejani ipso jure competat mulieri, quae intercessit; haec enim non est beneficium respectu ipsius, sed remedium, quod lex introduxit adversus sexus fragilitatem.

Cessat tandem, si heres sciens Falcidiae locum esse uni ex legatariis legata integra exsolverit, eo ipso enim etiam aliis legatariis in solidum obstringitur (*Nov.* 1 *cap.* 3, item *Authent.* 1 *eod. h. t.*). Ratio est quod, cum jure novo testator possit prohibere detractionem Falcidiae, ubi eam non prohibuit, heres intelligitur eam capere ex ejus voluntate; hanc voluntatem autem quodammodo improbat respectu illius, cui legata integra exsolvit; ergo etiam aliis legata integra exsolvere tenetur, ne alias videatur judicium defuncti partim approbare, partim improbare, quod tamen est unicum et aequale respectu omnium legatariorum.

Illud controvertitur an Falcidia cesset in legatis ad pias causas relictis, et quamvis plerique putent cessare, verius tamen putamus distinguendum inter causas pias et piissimas, qualis est v. g. redemptio captivorum, ut scilicet tantum cesset Falcidia in legatis ad causas piissimas relictis, non autem in legatis ad pias causas relictis; imprimis enim jure Digestorum, ut constat ex *L.* 1 § 5 *ff. h. t.*, in legatis ad pias causas relictis Falcidia locum habuit; debet ergo etiam jure novo adhuc locum habere, nisi probetur juri veteri hac in parte expresse esse derogatum, quod non videtur dici posse. Neque obstat *Authent. Similiter* 3 *h. t.*, haec enim desumpta est ex *Nov.* 131 *cap.* 12; imperator autem in ea non generaliter dicit Falcidiam cessare in similibus legatis, sed tunc dum intervenit dolus aut mora ex parte heredis in iis exsolvendis, quod constituit in poenam ejusdem; itaque si neque dolus, neque mora ex parte heredis intervenerit, Falcidia adhuc locum habebit in legatis ad pias causas relictis.

LIBER TRIGESIMUS SEXTUS

TITULUS I.

AD SENATUSCONSULTUM TREBELLIANUM.

Originem fideicommissorum, divisionem, confusionem S. C. Trebelliani et Pegasiani, quaenam imputentur in Trebellianeam, quis eam deducere possit, de fideicommisso de residuo *etc.*, vide *Heineccii Recitationes tit. XXIII. lib.* II. Nos, paucis aliis interjectis, maxime de fideicommissis familiae occupabimur, et videbimus.

§ I. An filius fideicommisso gravatus possit quartam hanc, et legitimam deducere.
§ II. De parte onerum hereditariorum, quae transfertur in fideicommissarium.
§ III. De jure competente fideicommissario cogendi fiduciarium ut adeat.
§ IV. Si Titius sit institutus heres, et rogatus hereditatem restituere Maevio, qui iterum eam debet restituere Sempronio, an Titium adire nolentem Maevius cogere poterit.
§ V. An heres sub conditione casuali gravatus fideicommisso cogi potest ad adeundum per fideicommissarium.
§ VI. Quid si conditio sit potestativa, an cogi poterit ut eam adimpleat.
§ VII. Fideicommissa dividuntur in expressa et tacita.
§ VIII. Exponitur *L.* 34 § *ult. ff. de leg.* 2.
§ IX. Item *L.* 118 *ff. de leg.* 1.
§ X. Item *L.* 17 *ff. h. t.*
§ XI. Item *L.* 76 *ff. h. t.*
§ XII. Item *L.* 32 *ff. de usu et usuf. leg.*, et *L.* 77 § 24 *ff. de leg.* 2.
§ XIII. Quid fideicommissum familiae.
§ XIV. Dividitur in expressum et tacitum.
§ XV. De dubio oriente ex eo, quod non constet an fideicommissum sit simplex vel perpetuum.
§ XVI. Quod dictum est in § *praec.*, *in fideicommisso simplici tantum unam fieri debere restitutionem*, etiam locum habet in fideicommisso tacito.
§ XVII. Hoc nisi circumstantiae aliud insinuent.
§ XVIII. Quando testator prohibet alienationem, de quibus alienationibus hoc intelligendum est.
§ XIX. An de alienatione, quae fit per ultimam voluntatem.
§ XX. Quod dicitur ad fideicommissum admitti proximiores de familia intelligendum est de proximioribus fideicommittentis, non fiduciarii.
§ XXI. Nec distinguendum utrum fiduciarius sit de familia ipsius testantis, an vero de aliena.
§ XXII. Quid si testator dixerit ne heres certam rem extra familiam alienet.
§ XXIII. An in fideicommisso familiae relicto locus est juri repraesentationis.
§ XXIV. An heres fideicommisso gravatus potest fideicommissarium gravare legatis.
§ XXV. Quid si heres, qui inter plures eligere potarat cui restitueret, moriatur electione non facta.

§ I.

An filius heres institutus et gravatus fideicommisso potest simul deducere legitimam et Trebellianicam, trientem scilicet ratione legitimae, et praeterea quartam ratione Trebellianicae? Responsio affirmativa jure canonico aperte decisa est in *cap.* 16, *et* 18 *X de testamentis*, ast invita juris civilis ratione; etenim, ut constat, in Trebellianicam imputantur omnia, quae jure hereditario capiuntur, quia autem legitimam jure hereditario

filius habeat neme dubitare potest, eam enim retinet ex hereditate ie qua institutus est, imo legitima plerumque major est jure novo quam Trebellianica, adeo ut per eam nunquam compleri debeat.

Contrariam sententiam tuetur Heineccius in *notis* ad Vinnium § 7 *num.* 3 *Inst. h. t.*: fundamenta ejus sunt, quod legitima debeat comparari aeri alieno, et quod Trebellianica tantum deducatur aere alieno deducto. Sed quamvis legitima aeri alieno aliquando comparetur, vere tamen aes alienum non est, ut patet ex eo quod legitima tantum debeatur post mortem patris.

Fundat se adhec in *L.* 6 *cod. h. t.*, in qua dicit imperatorem constituisse, ne in Trebellianicam imputetur quarta Falcidia; sed profecto non video undenam hoc eruere velit. Verba enim in quibus fit mentio Falcidiae sunt haec, *idemque in retinenda legis Falcidiae portione obtinere jubemus*: imperator autem in iis, quae proxime antecedunt, tantum constituerat, ut quarta Trebellianica deberet deduci ex ipsis rebus hereditariis, quando liberi gravati sunt fideicommisso, ita et reditus seu fructus interim ex hereditate percepti in Trebellianicam non imputentur, sed integra deducatur ex rebus in hereditate paterna inventis tempore mortis; itaque in verbis citatis tantum vult imperator, quod si non agatur de Trebellianica, sed de Falcidia deducenda, haec similiter sit deducenda ex ipsis rebus, ita ut in eam similiter reditua aut fructus interim ex hereditate percepti non imputentur; non est ergo apparentia ejus, quod dicit Heineccius. Itaque hoc plus est in liberis fideicommisso gravatis, quod ubi extranei fideicommisso conditionali, aut in diem gravati sunt, fructus interim percepti in Trebellianicam, aut in Falcidiam imputentur; ast ubi liberi fideicommisso gravati sunt, fructus et reditus interim percepti ex hereditate fideicommissaria, aut ex legatis, si de Falcidia agatur, in Trebellianicam aut Falcidiam non imputentur, sed integra deduci debeat ex rebus tempore mortis in hereditate inventis.

Jus canonicum tamen hac in parte ubique fere receptum est, excepta sola Brabantia, teste Stockmans in *dec.* 41, quae in hac parte juri Romano stetit.

§ II.

Secundo capite hujus S. C. constituitur, ut onera pro rata hereditatis restitutae dividantur; unde ai dimidia ex fideicommisso restituatur, quisque sustinebit onera pro dimidia parte. Haec ita intelligenda sunt, si partem hereditatis retineat, alias, si certa re vel quantitate retenta rogatus sit hereditatem restituere, pro nulla parte onera sustinebit, sed in solidum in fideicommissarium transibunt; quia tali casu fiduciarius est loco legatarii, qui nulla onera sustinere debet, modo portio fideicommissario restituta oneribus exsolvendis sufficiat, alioquin fiduciarius tenebitur ratione rei, quam praecepit aut retinuit, quia legata nunquam sunt solvenda, nisi exsolutis omnibus debitis; sed quid si tali casu onera consistant in legatis, an integra legata fideicommissarius exsolvere debebit? Si hereditas restituta iis exsolvendis sufficiat, sane tenebitur; secus, si non sufficiat, quia nullus unquam in plus onerari potest legatis quam a testatore accepit; quod etiam locum habebat in testamento militis, et jure novo etiam obtinet in testamentis paganicis, excepto unico casu, quando scilicet heres adivit hereditatem inventario non confecto.

Sed an tali casu ipse fiduciarius ad legata replenda conveniri poterit? Siquidem plus quam quartam habeat, pro excessu conveniri poterit ad replenda legata; si secus, conveniri non poterit, quia fiduciarius omni casu quartam bonorum salvam habere debet.

Quod si non retenta re aut quantitate, sed retenta portione hereditatis, rogatus sit reliquam portionem hereditatis restituere, tali casu onera pro rata inter utrumque dividentur. Quod si hoc casu onera iterum consisterent in legatis, fideicommissarius legata integra exsolvere non debebit, sed tantum pro rata portionis sibi restitutae: an ergo pro reliqua portione conveniri poterit ipse fiduciarius? Videndum utrum plus quam quartam bonorum salvam habeat, quo casu iterum pro ratione excessus conveniri poterit (*L.* 1 § 20 *ff. h. t.*); si secus, conveniri non poterit, quia Trebellianica ita concessa est fiduciario, ut perinde possit eam deducere, atque heres gravatus legatis potest deducere Falcidiam; jam autem heres gravatus legatis ratione quartae legata exsolvere non tenetur, sed econtra ea usque ad quartam rescindit; deinde Trebellianica fuit introducta, ut heres hoc lucro invitetur ad adeundam hereditatem; si autem ratione quartae legata exsolvere deberet, posset fieri ut minimum, vel etiam nullum forte lucrum retineat.

§ III.

Tertio capite S. C. cavetur ut, si heres fiduciarius nolit adire hereditatem, possit cogi per fideicommissarium ad adeundum, sic ut tali casu nullum commodum aut incommodum hereditatis apud ipsum remaneat, sed omnia jura ac onera transeant in fideicommissarium. Hanc autem coactionem exercere potest solus is, apud quem ipsa hereditas aut pars ejus est remansura; unde non sufficit aliud commodum quodcumque pecuniarium, et ideo legatarii non possunt cogere heredem ad adeundam hereditatem, quamvis herede repudiante legata sint amissuri. Ratio differentiae est, quod onera hereditaria non transeant in legatarium, sed remaneant apud heredem, quem ideo iniquum fo-

ret cogere ad adeundam hereditatem; sed in fideicommisso onera transeunt in fideicommissarium, et ita illa coactio nihil iniqui habet. Quod si tantum pars hereditatis fideicommisso continetur, cum tunc alia pars apud fiduciarium esset remansura, non poterit cogi ad adeundum, nisi fideicommissarius paratus sit integram in se suscipere hereditatem, ne ratiune partis alias apud fiduciarium remansurae in damno haereat.

§ IV.

Quid si testator Titium instituerit heredem, et eum gravaverit suam portionem restituere Maevio, tum Maevium integram suam portionem jusserit restituere Sempronio, an Titio nolente adire Maevius eum cogere poterit? ℟. negative, sed solus Sempronius; cum enim Maevius rogatus sit suam portionem restituere Sempronio, nihil ex ista hereditate penes Maevium est remansurum; is autem solus potest cogere fiduciarium ad adeundum, penes quam aliqua saltem portio hereditatis est remansura. Quid ergo si Maevius rogatus esset suam portionem restituere Sempronio post certum tempus, vel post mortem suam, an tali casu poterit cogere Titium ad adeundum? ℟. negative (*L.* 55 § 2 *ff. h. t.*): ratio dubitandi erat, quod tali casu Maevius fructus et caetera commoda hereditatis percepisset usque ad mortem suam; ast, ut ait J. C., non est ibi idonea quantitas ad inferendam adeundi necessitatem, scilicet non sufficit commodum qualecumque pecuniarium, quod penes fideicommissarium remanebit, ut inducatur adeundi necessitas, sed debet esse commodum hereditatis in aliqua parte ejus consistens. Quod si Sempronius repudiaret fideicommissum, tali casu videndum in cujus gratiam repudiaverit, an in gratiam Titii, an vero Maevii, vel an fideicommissum simpliciter repudiet neutrius contemplatione: primo casu Maevius non poterit cogere Titium, sed bene secundo et tertio casu, quia his casibus Sempronio repudiante fideicommissum remanebit penes Maevium; unde idem videtur statuendum, si Sempronius fuerit praemortuus testatori, aut ante existentiam conditionis, sub qua sibi fideicommissum relictum erat.

§ V.

Quid si heres gravatus sit sub conditione restituere hereditatem, an nolens adire poterit cogi per fideicommissarium ad adeundum? Ratio dubitandi haec est, quod nemo debeat se exponere incommodo propter commodum incertum alterius; jam autem deficiante conditione fideicommisso locus non esset, sed hereditas remaneret penes fiduciarium, unde si sit insolvendo, fiduciarius in damno haerebit; hinc stricta juris ratione inspecta non potuisset cogi, sed tamen favor fideicommissi eo usque rem produxit, ut ad adeundum cogi posset, maxime postquam rescripto divi Pii indulatum fuit, ut interim constitueretur curator bonis administrandis, ita ut si postea conditio existeret, hereditas transiret in fideicommissarium, si autem deficeret, perinde haberetur ac si hereditas per fiduciarium adita non fuisset; quam in rem inspici possunt *L.* 11 § *ult.*, *L.* 12 *et L.* 13 *ff. h. t.* Sed quare non expectatur eventus conditionis, ut fiduciarius cogatur adire hereditatem? ℟. Quia poterat fieri, ut interim fiduciarius moreretur antequam conditio existeret, quod si contingeret, fideicommissum corrueret. Nota tamen quod tali casu heres, qui interim pendente conditione passus est se cogi, quamvis, ut postea dicemus, is qui patitur se cogi amittat quartam, quam alias detrahere potuisset, possit tamen interim, donec conditio existat, mutare sententiam, et declarare se paratum sponte suscipere hereditatem, quod si fecerit, Trebellianicam adhuc deducere poterit existente conditione.

§ VI.

Hactenus dicta locum habent, si conditio sit casualis; sed quid si conditio sit potestativa vel mixta, an fiduciarius cogi poterit ad implendam conditionem, eaque impleta, ad adeundam hereditatem? Videndum utrum conditio sit turpis aut gravis, an vero facile impleri possit; at hoc ultimo casu cogi poterit ad eam implendam, secus, si sit turpis aut difficilis, quo casu ab initio ipsi remittitur, atque adeo non impleta conditione cogitur adire (*L.* 63 § 7, *et L.* 10 *ff. h. t.*).

Ubi autem heres patitur se cogi, amittit omnia quae ex bonis et judicio defuncti accepit, unde non tantum amittit *quartam* Trebellianicam, sed et etiam legata etc., juxta *L.* 55 § 3 *ff. h. t.*, ubi J. C. rationem subjicit, quod scilicet *indignus videatur, ut qui destituit supremas defuncti preces aliquid consequatur ex voluntate.*

Hinc intelligi poterit *L.* 27 § 2 *ff. h. t.*, in qua proponitur hic casus: heres institutus fuerat pupillo substitutus pupillariter a patre et gravatus fideicommisso universali: nolebat adire hereditatem paternam, coactus fuit per fideicommissarium; quaesitum est an, pupillo moriente intra pubertatem, ad ejus successionem heres admitti possit ex substitutione pupillari? Et distinguit J. C. qua formula pupillo substitutus sit, an v. g. pater dixerit *quisquis mihi heres erit idem filio meo heres sit, si is intra pubertatem moriatur*; an vero eum non substituerit in qualitate heredis, sed v. g. dixerit *si filius meus intra pubertatem moriatur, Titius ei heres sit.* Et primo casu pupillo heres non erit, quia pupillo non potest esse heres, nisi simul sit heres patris; jam autem patri nequit esse heres,

cum, qui coactus adit, amittat omnia quae ex testamento consequi potuisset. Posteriori casu iterum distinguendum, an solus sit heres institutus, quo casu sane supponi debet pupillum fuisse exheredatum, an vero habeat coheredem: primo casu iterum hereditatem pupilli amittet; posteriori non amittet, quia hoc casu testamentum paternum per coheredem hereditatem adeuntem sustineri potest.

§ VII.

Fideicommissa relinquuntur non tantum verbis precativis, sed etiam directis, imo parum interest quibus verbis testator usus sit, modo de ejus voluntate constet, ita ut nequidem requirantur verba expressa, sed sufficiat ut, modo ex verbis quibus testator usus est, quamvis etiam tantum per consequentiam ex iis deducatur, de ejus voluntate appareat. Huc spectat *L.* 87 § 2 *ff. de leg.* 2, ubi testatrix fundum libertis legans dixerat: *fidei autem vestrae vere et sapide committo ne eum fundum vendatis eumque qui ex vobis decesserit ultimus cum morietur restituat Symphoro liberto meo:* dicit J. C. non tantum ultimo morientem gravatum fideicommisso in favorem Symphori, sed et etiam primo morientem debere intelligi gravatum fideicommisso in favorem superstitis, et tamen testator nullam mentionem de hoc fideicommisso fecerat; sed quia ex verbis, quibus testator usus est, satis apparebat de voluntate fideicommittendi, ideo respondit J. C. in casu debere intelligi relictum a primo; scilicet testator dixerat ultimo morientem debere istum fundum ex fideicommisso restituere Symphoro: jam autem, nisi primo moriens intelligeretur gravatus fideicommisso in favorem superstitis, ultimo moriens non posset integrum istum fundum praestare Symphoro.

§ VIII.

Similem casum habemus in *L.* 34 § *ult. ff. de leg.* 2, in qua mater codicillis ita caverat: *Gajum Sejum virum meum commendo tibi o filia: cui volo dari ad vitae usum et fructum participationem castelli Nacleorum etc.*; tum postea subjecerat, *et in nihilum molestari eum de dote; erunt enim post mortem ejus tua et filiorum tuorum:* quaerebatur an in casu marito esset relictus ususfructus, an vero plena proprietas cum onere fideicommissi post mortem ejus: verba quidem videbantur importare solum usumfructum esse relictum marito, sed tamen J. C. in casu credidit proprietatem sub onere fideicommissi esse relictam. Ratio est quod, ut constat ex *L. ult. ff. de usu et usufr. et rer. etc.*, et *L.* 15 *ff. de aur. et arg. leg.*, nomine ususfructus aliquando venit proprietas; est quidem verum quod, ut nomine ususfructus veniat proprietas requirantur conjecturae, vel circumstantiae urgentes; sed tales adesse J. C. credidit in casu, quatenus mater voluerat ut illa praedia tantum pervenirent ad filiam post mortem mariti; nisi autem diceremus proprietatem sub fideicommisso esse relictam, neminem inveniremus, cui proprietas relicta esset interim donec maritus moreretur; jam autem proprietas non debet esse vacans. Hinc J. C. intellexit testatricem per nomen ususfructus voluisse constituere fideicommissum proprietatis post mortem restituendae, et recte; cum in vulgari loquendi usu fiduciarii, qui gravati sunt fideicommisso, post mortem restituendo soleant vocari ususfructuarii, quatenus in illis videantur concurrere ea, quae obtinent in fructuario; nam sicuti ususfructus morte finitur, et fructuarius interim habet jus percipiendi fructus, sic etiam in tali fideicommisso res restituendae veniunt post mortem, et interim fiduciarius fructus et omne commodum ex iis percipit.

§ IX.

Huc etiam spectat *L.* 118 *ff. de leg.* 1, in qua dicitur quod si testator ita dixerit, *exigo*, *desidero ut des*, fideicommissum his verbis contineatur, sed etsi testator tantum dixerit *volo hereditatem meam Titii esse, vel scio hereditatem meam te restituturum Titio*, idem esse dicendum, ait J. C. Ratio tamen dubitandi maxima haec est, quod ad omne fideicommissum requirantur verba, quae importent dispositionem aut saltem ostendant enixam voluntatem testatoris, ut res ad alterum perveniat; jam autem verba praecitata certo nullam dispositionem continent, sed tantum sunt enuntiativa; non etiam ostendunt enixam voluntatem testatoris super eo de quo agitur, sed tantum demonstrant fiduciam, quam testator ergo heredem habuit; hinc sane ex stricta juris ratione non poterat videri in casu relictum fideicommissum. Unde etiam dicendum, quod hoc receptum sit ex speciali rescripto imperatoris, cujus fit mentio in *L.* 67 § 10 *ff. de leg.* 2, in qua dicitur: *Marcus Imperator rescripsit, verba, quibus testator ita caverat, non dubitare ee. quodcumque uxor ejus cepisset, liberis suis redditurum, pro fideicommisso* esse accipienda; quod rescriptum ibidem maxime laudatur a Papiniano, dum dicit: *quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre praesumpserat, et ideo princeps providentissimus et juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit esse accipiendum;* ex quibus patet quod, nisi rescriptum fuisset editum, ista verba pro fideicommisso haberi non possent.

Nec quis dicat id rescriptum tantum agere de uxore habente liberos ex marito, quibus aliquid

Digitized by Google

per maritum in testamento erat relictum, et consequenter, cum contra juris rationem fideicommissum in casu sit admissum, id non sit extendendum ad consequentias, et ita nec ed casum nostrum; etenim, ut constat ex *L.* 39 *ff. de leg.* 3, hoc rescriptum ad casus similes fuit extensum, uti legenti apparebit.

§ X.

Tantus est favor fideicommissorum, ut verba, quae alioquin directe valere et effectum habere non possent, flectantur in fideicommissum: exempla habemus in *LL.* 17 *et* 76 *ff. h. t.* In *L.* 17 testator instituerat Titium heredem, et eum rogaverat ut testamentum faceret in favorem Maevii; haec rogatio directe valere non poterat, cum nemo possit alterum cogere ad faciendum testamentum, testamenti enim factio juris publici est, liberaque esse debet, unde isti facultati pactis privatorum derogari non potest; quia tamen hoc ipso apparet enixa voluntas testatoris, ut bona sua perveniant ad Maevium, Titius intelligitur gravatus fideicommisso in favorem Maevii; itaque Maevius non consequetur integram hereditatem Titii, cum nemo possit plus gravari quam sit oneratus, sed tantum bona quae a defuncto ad Titium pervenerunt.

§ XI.

In *L.* 76 testator filium impuberem habens eum instituerat heredem ex asse in testamento: postea in codicillis ei pupillariter substituit: haec substitutio directe valere non poterat, cum hereditas codicillis neque adimi, neque dari possit, quia tamen iterum apparebat enixa voluntas testatoris, ut filio intra pubertatem mortuo, bona sua pervenirent ad substitutum, haec substitutio, quae directe valere nequit, flectitur in fideicommissum, quasi pupillus esset fideicommisso gravatus in favorem substituti sub conditione *si intra pubertatem moriatur*; unde substitutus etiam non consequetur integram hereditatem pupilli, sed tantum hereditatem paternam.

§ XII.

Cavendum tamen ne talis interpretatio adhibeatur, ut a voluntate testatoris recedatur, quo spectat *L.* 32 *ff. de usu et usufr. leg.*, ubi testator dixerat: *Felici quem liberum esse jussi usumfructum fundi Vertigiani lego, cujus proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum herede meo, sed potius concordaveris, sed et tu heres omnia fac ut amici sitis, hoc enim vobis expedit.* Dubitari poterat, an in casu esset relictum fideicommissum ab herede, an vero ea verba consilii causa tantum essent prolata; J. C. autem manifeste insinuat non intelligi fideicommissum relictum. Ratio decidendi erat, quod haec verba non vide rentur continere dispositionem, sed merum consilium, hac ratione, quod scopus et finis testatoris in casu fuisset conciliari amicitiam inter heredem et Felicem; hunc autem scopum et finem non obtinuisset, si heredem gravasset fideicommisso in favorem Felicis, etenim heredes plerumque aegre ferre solent se legatis aut fideicommissis esse gravatos; ipsi etiam fideicommissarii, utpote jam certi de rebus fideicommisso subjectis consequendis, parum curant amicitiam heredis; sed ubi dicimus non esse relictum fideicommissum, jam Felix incertus de hisce rebus consequendis, ex sua parte omni conatu amicitiam heredis excolet, qua motus heres facile eam ipsi non denegabit, et ex desiderio testatoris post mortem suam hes res ipsi relinquet. Non obstat quod, juxta *L.* 118 *ff. de leg.* 1, si testator dixerit *scio proprietatem te consecuturum*, fideicommissum intelligatur relictum; nam disparitas est, quod verbum *scio* multo enixiorem voluntatem importet in testatore quam verbum *puto*; deinde in illa lege non concurrebant illae circumstantiae, quae in hoc casu concurrunt.

Eadem ratione fere nititur decisio *L.* 77 § 24 *ff. de leg.* 2, in qua testator ita dixerat: *mando filiae meae pro salute sollicitus ipsius, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat, ita enim poterit sine periculo vivere:* quaesitum fuit an his verbis contineretur fideicommissum in favorem alterius filiae, quae simul cum priore erat heres instituta: et respondet J. C. non videri fideicommissum relictum, sed nudum consilium huic filiae datum de non testando. Ratio est quod haec verba non continerent absolutam dispositionem, sed potius consilium huic filiae datum; testator enim unice de ipsa filie erat sollicitus, et non de persona fideicommissarii, quod aperte designant verba, quibus testator filiam suam erat allocutus.

Sed fortiter obstat *L.* 74 *ff. h. t.*, ubi testator simili formula erat usus, et deciditur esse fideicommissum; nimirum casus erat hic. Qui filium et filiam habebat testamentum fecit, et ita de filia sua caverat: *mando tibi non testari donec liberi tibi sint*: pronuntiavit imperator his verbis contineri fideicommissum in favorem fratris ipsius filiae. Sed disparitas est, quod hic nihil occurrat, ex quo appareat testatorem id cavisse in favorem ipsius filiae, cui testari prohibebat; hinc non poterat eam videri prohibuisse testari ad alium finem, quam ut relinqueret fideicommissum fratri coheredi. Ast in casu *L.* 77 pater evidenter ostenderat, quod filiae prohiberet testamenti factionem in ejus favorem; non poterat ergo dari haec interpretatio quasi fideicommissum ab eadem fuisset relictum, cum fideicommissum non vergat in favorem filiae, sed sit onus respectu ipsius; scilicet pater hic volebat vitam filiae suae in tuto ponere adversus insidias heredis, quem ipsa intentionis erat instituere, cujusque mores pater forte melius perspectos habe-

bat quam ipsa filia, cum tamen nollet justis forte de causis hoc filiae revelare.

Idem fere respondendum ad *L.* 17 *ff. h. t.*, de qua ante; scilicet ibidem satis apparebat, quod testator id caverat in favorem alterius, ejus scilicet quem rogabat ut heres institueret sibi heredem; ast testator in casu id unice cavebat in favorem ipsius filiae.

Sed dicet quis, quomodo in casu *L.* 74 potest dici fideicommissum, cum non videatur designata persona, in cujus favorem illud esset relictum? ℟. Quamvis persona expressa designata non sit, sufficienter tamen tacite designata est, hoc ipso quo fratrem, qui alias ab intestato sorori suae erat successurus, si ipsa sine liberis decederet, coheredem dederat.

§ XIII.

Fideicommissum familiae est quod relinquitur illis, qui de certa familia sunt. Ad illud autem admittuntur omnes, qui sunt de familia; quod non sic intelligendum, quasi omnes simul admittantur, sed gradatim, sic ut proximiores remotiores excludant; et sane, si omnes simul admitterentur quocumque in gradu sint, fideicommissum prae multitudine personarum ad nihilum redigeretur, scilicet quando testator simile fideicommissum relinquit praecipue motus est vinculo sanguinis; illud autem tanto fortius et arctius est, quanto quis proximiori gradu testatorem contingit.

§ XIV.

Hoc fideicommissum varie dividi potest, scilicet in *expressum* et *tacitum*, in *purum* et *conditionale*, in *simplex* et *graduale*. *Expressum* est quod nominatim familiae relinquitur. *Tacitum* est quando v. g. testator vetat heredi *ne fundum*, *vel aliam rem extra familiam alienet*, his enim verbis continetur tacitum fideicommissum; nam, quamvis ejusmodi prohibitio nullum habeat effectum, ubi tamen adjiciuntur verba *ne extra familiam*, fideicommissum purum continent, quod statim est restituendum. Fideicommissum *conditionale* est quod statim restituendum non est, sed suspenditur per diem vel conditionem; tale iterum est, si testator dixerit *ne fundus extra familiam alienetur*, quia antequam alienatio secuta sit, fideicommisso locus non est; tale etiam erit, si testator dixerit *ut heres post mortem suam restituat fideicommissum*. Fideicommissum *simplex* est quod unica restitutione absolvitur. *Perpetuum* seu *graduale*, in quo plures sunt faciendae restitutiones, ita ut uno de familia admisso, eo mortuo, iterum alteri de familia sit restituendum, sicque deinceps, donec aliquis de familia existat.

§ XV.

Saepe dubitatur an fideicommissum familiae sit simplex, an perpetuum: quid igitur si testator personaliter locutus sit, v. g. dixerit, *ut heres post mortem suam rem aliquam, aut ipsam hereditatem familiae restituat*, vel vetuerit *ne heres fundum extra familiam alienet*? Ab omnibus admittitur esse fideicommissum simplex, et non perpetuum; sed quid si impersonaliter locutus sit, v. g. dixerit *se velle fundum in familia relinqui*? Et adhuc videtur in dubio praesumendum esse simplex potius quam perpetuum; imprimis quia, modo semel uni de familia restituatur, satisfactum erit verbis testatoris, verum enim erit familiae esse relictum, sed et etiam menti ejus praesumptae debet intelligi satisfactum, quatenus omne fideicommissum sit odiosum, et in dubio non praesumatur, quia fideicommissum capitur ab eo, quem testator caeteris omnibus praedilexit. Praeterea fideicommissum est onus, quod in dubio non est praesumendum: haec sententia probatur per *L.* 32 § 6 *ff. de leg.* 2, in qua sic dicitur: *in fideicommisso quod familiae relinquitur*, *hi ad petitionem ejus admitti possunt qui nominati sunt*, *aut post omnes eos extinctos*, *qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur*; itaque uno gradu semel ad fideicommissum admisso, sequentes excluduntur; utitur enim J. C. particula *aut*, quae importat alternativam, itaque sicuti in substitutione vulgari, ubi institutus heres existit, substitutus in perpetuum excluditur, sic etiam, proximioribus de familia admissis ad fideicommissum, remotiores in perpetuum manent exclusi: hic applicari potest quod disjunctiva affirmativa sit contenta veritate unius partis.

Obj. quod tunc J. C. non debuisset dicere *aut post omnes eos extinctos*, sed potius *omnibus deficientibus*; nam potest proximior etiam deficere per repudiationem. ℟. In nostra sententia ideo dicimus J. C. dixisse *post omnes eos extinctos*, quia raro contingit quod fideicommissum, praesertim particulare, repudietur, et ita vix unquam fideicommissarius aliter deficit quam per mortem.

Prosequitur J. C. *et qui ex his primo gradu procreati sint*, tandem subjicit *nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*; quae verba aperte sententiam nostram decidunt; omnes enim fatentur, quod vel unica tantum sit facienda restitutio, vel in perpetuum donec aliquis de familia existat; atqui J. C. dicit ad ulteriores non extendi fideicommissum, nisi testator specialiter caeteros vocaverit, et sic non est fideicommissum perpetuum; nihil ergo restat, nisi ut dicamus esse simplex, id est unica restitutione fideicommissum absolvi.

§ XVI.

Quod dicimus, fideicommisso simpliciter familiae relicto unicam tantum debere fieri restitutio-

nem, non tantum locum habet in fideicommisso expresso, sed et in tacito, v. g. si testator dixerit *ne heres rem extra familiam alienet*; quod probatur per *L.* 38 § 5 *ff. de leg.* 3, in qua testator quindecim libertis suis legaverat praediolum cum taberna, et adjecerat haec verba: *sibique eos habere possidere volo ea lege et conditione ne quis eorum partem suam vendere donareve aliudve quid facere alii velit, quod si adversus ea quid factum erit, tunc eas portiones praediumve cum taberna ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo*: quidam ex his libertis vendiderant partes suas duobus conlibertis suis: emptores autem defuncti Gajum Sejum extraneum heredem instituerant: quaesitum fuit an propterea quod partes suas vendidissent, locus esset fideicommisso: et respondet J. C. fideicommisso locum non esse, ideoque praedia ad rempublicam non pertinere. Ratio prima est quod, dum conlibertis vendidit non intelligatur contravenisse voluntati testatoris; testator enim libertos in legato praedii conjunxerat, sicque voluerat ut uno deficiente pars ejus reliquis accresceret, itaque etiam voluit ut titulo oneroso pars unius ad alterum pervenire posset; unde, dum aliqui partes suas conlibertis suis vendunt, non intelligitur existere conditio, sub qua reipublicae fideicommissum erat relictum. Ratio secunda est, quod illa prohibitio tantum respiceret ipsos libertos, ad quos primo praedium illud pervenisset, ita ut si modo illi extraneis partes suas non venderent, voluntati testatoris videretur, satisfactum; itaque post venditionem conlibertis factam fideicommissum respectu partium venditarum expiravit, et ita emptores has partes potuerunt relinquere cui vellent; ex quo probatur etiam in fideicommisso tacito unicam tantum fieri debere restitutionem, alias enim emptores Gajum Sejum extraneum heredem instituere non potuissent, sed illud praedium aliis conlibertis relinquere debuissent.

Quando familiae fideicommissum tacite relinquitur hoc modo, *ne res extra familiam alienetur*, tunc si heres extra familiam alienaverit, jam existente conditione fideicommissi, omnes qui sunt de familia ad fideicommissum vocantur, sed secundum gradus praerogativam; si tamen heres alienet in aliquem de familia, non debet praecise in proximum alienare, sed potest etiam in remotiorem, eoque facto, juxta jam dicta, nunquam fideicommisso locus erit; hoc enim ipso quo in aliquem de familia alienavit, defecit conditio fideicommissi; unde, cum diximus in fideicommisso tali tantum unicam faciendam esse restitutionem, illud in totum exhaustum erit.

§ XVII.

Haec ita: sed si circumstantiae, aut verba aliud insinuent, fideicommissum perpetuum esse relictum dicendum erit; sic si testator dixerit se relinquere aliquem fundum familiae, ut splendorem ejus conservet, vel se velle ut ille fundus in familia remaneat, aut etiam personaliter ut heres eum fundum familiae relinqueret, et se velle ne ex eadem exeat, his omnibus casibus fideicommissum perpetuum intelligetur. Ultimae tamen formulae obstat *L.* 38 § 3 *ff. de leg.* 3, ubi testator fundum a filio quoad vixerit vetuit venumdari, donari, pignorari, et haec verba adjecit, *ita enim fiet ut fundus Titianus nunquam de dominio vestro exeat:* quaesitum fuit an intelligeretur fideicommissum perpetuum: et respondet J. C. hoc non videri. Sed disparitas est, quod in casu legis objectae in verbis *ita enim fiet etc.* nulla continetur dispositio, sed illa tantum sunt enuntiativa finis et scopi, quem testator intendit; in casu autem a nobis proposito verba testatoris continebant dispositionem, dixerat enim *se velle ne fundus de familia exiret*.

§ XVIII.

Quando testator tacite fideicommissum familiae relinquit, quod fit quando vetat rem extra familiam alienari, illae tantum alienationes sunt prohibitae, quas testator expressit; unde si prohibuerit vendere, non prohibetur heres donare et viceversa; quinimo si testator aliquas alienationum species vetuerit, licet usus sit verbo generali *alienandi*, illud verbum generale debet restringi per species expressas, ita ut aliae alienationum species non videantur prohibitae, nisi post enumeratas species enixe constet de contraria voluntate, ut si v. g. dixerit *et quamcumque alienationem prohibeo*, tunc enim caeterae alienationum species non expressae etiam continerentur; ad hunc enim finem, ut omnes etiam non expressae continerentur, crederetur subjecisse verbum illud generale.

§ XIX.

Quando testator simpliciter prohibuit *ne heres rem aliquam extra familiam alienet*, an etiam intelligitur prohibita alienatio per ultimam voluntatem? R. affirmativo per *L.* 8 § 2 *cod. de sec. nupt.*, et *L.* 69 § 3 *ff. de leg.* 2, juxta quas sub nomine alienationis simpliciter positae continetur alienatio per ultimam voluntatem.

Neque obstat quod licet minoribus interdicta sit alienatio rerum suarum sine tutoris auctoritate, quinimo et immobilium sine decreto praetoris, tamen per ultimam voluntatem, modo pubertatem excesserint, de bonis suis etiam immobilibus disponere possint; nam ideo minoribus rerum suarum alienatio interdicta est, ne ex ea damnum sentiant; illud autem periculum damni nullo modo ipsis imminet in alienatione per ultimam voluntatem, quinimo si ultima voluntate res suas alienare

non possent sine curatoris auctoritate,hoc ipsis noceret quatenus illis auferret testamenti factionem.

Non obstat etiam *L.* 8 § 3 *ff. de alien jud. mut. etc.*, in qua dicitur quod, quamvis alienatio judicii mutandi causa facta sit interdicta, attamen sub nomine alienationis non veniat alienatio per ultimam voluntatem; sic ait *sed heredem instituenda vel leganda si quis alienet huic edicto locus non erit;* nam ideo nomine alienationis hic non venit alienatio per ultimam voluntatem, quia in hoc titulo agitur tantum de alienatione, quae fit per fraudem et dolum, dum v. g. quis rem aliquam alienat, ut adversario suo objiciat potentiorem adversarium, illa fraus et dolus praesumi non debet in eo, qui alienat per ultimam voluntatem.

§ XX.

Diximus ad fideicommissum familiae omnes admitti,qui sunt de familia, secundum gradus praerogativam; sed dubitatur utrum sint admittendi proximiores de familia testatoris, qui fideicommissum ordinavit, an vero proximiores gravati? Et verius est admitti proximiores testatoris per *L.* 32 § 6 *ff. de leg.* 2, in qua dicitur: *in fideicommisso quod familiae relinquitur hi ad petitionem ejus admitti possunt qui nominati sunt, aut post eos omnes extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore quo testator moreretur.* Quaestio scilicet dependet ab eo, quomodo verbum *defuncti* sit intelligendum, an de testatore defuncto, an de fiduciario defuncto: dicimus autem id esse intelligendum de testatore defuncto, quia, vel fideicommissum de quo in *cit L.* agitur erat simplex, ita ut statim restitui debeat, vel erat tale, ut tantum post mortem gravati esset restituendum; si esset simplex, tunc si per verbum *defuncti* intelligeremus gravatum, J. C. inepte expectaret mortem ejus, uti tamen illam expectandam satis insinuat, dum dicit *qui ex nomine defuncti fuerint*, etenim fideicommissum simplex statim et illico ab adita hereditate est restituendum a fiduciario; vel erat tale, ut tantum post mortem esset restituendum, et tunc cum ei dies incertus sit adjectus, J. C. iterum inepte diceret admittendos eos, qui proximi fuerunt eo tempore quo testator moreretur, si per verbum *defuncti* intelligeret fiduciarium, etenim capacitas heredis vel legatarii praesertim inspicienda venit eo tempore quo dies hereditatis vel legati cedit; deinde id etiam probare videntur verba finalia ejusdem legis, ubi dicit *nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*, hic certo per verbum *defunctus* intelligit testatorem; ergo et in verbis praecedentibus.

§ XXI.

Nec distinguendum utrum fiduciarius sit de familia ipsius testatoris, an vero de aliena, quia utriusque videtur esse eadem ratio; testator enim vocans familiam ad fideicommissum potius credi debet in dubio de sua propria familia sensisse, quam de aliena, cum quisque in dubio nunquam praesumatur velle alienum sanguinem proprio anteferre.

Non obstat quod in casu, quo fiduciarius est de aliena familia,testator jam inde praetulerit alienum sanguinem, adeoque videatur integram familiam ejus, quem praetulit, praetulisse suae familiae, ut ait Voëtius, etenim id minime sequitur; nam ea, quae in testamento relinquuntur, solent relinqui ex speciali affectione et amicitia; haec autem mere personalia sunt, et plerumque non militant in heredibus, et illis qui sunt de familia onerati. Neque dicendum quod eadem ratione qua praetulit fiduciarium, debeat etiam videri praetulisse familiam ejus; nam cum ea, quae in testamentia relinquuntur,ex speciali amicitia relinquantur, forte etiam ideo fiduciarium instituit heredem, quia arctissimo amicitiae vinculo ei erat conjunctus, quod effecit ut ipsum praeferret suae familiae; tali autem amicitiae vinculo testator non erat conjunctus reliquis, qui sunt de familia onerati; hinc non debet credi quod familiam extraneam suae propriae praetulerit, nisi in quantum id expressit.

§ XXII.

Sed quid in hac quaestione dicendum est, in fideicommisso tacito familiae v. g. si testator dixerit, *ne heres rem illam extra familiam alienet?* Distinguendum utrum ipse heres sit de familia gravantis, an vero de extranea. Primo casu admittuntur proximiores respectu ipsius gravati; cum enim gravatus tantum prohiberetur extraneis illam relinquere, et inter eos qui erant de familia gravantis haberet electionem cui eam relinquere vellet,credi debet quod gravans eam voluerit relinquere suis proximioribus cognatis, modo et illi sint de familia gravati. Secundo autem casu admittendi erunt proximiores gravantis; cum enim dubium sit de qua familia testator senserit, in dubio potius credi debet de sua quam de aliena familia sensisse: haec ita, nisi verba omnino resistant, v. g. si dixisset *ut illa res in familia remaneret.* tunc, cum jam in aliena familia esset, scilicet in familia gravati, admittendi essent proximiores gravati.

§ XXIII.

Quaeritur an in fideicommisso familiae locus sit juri repraesentationis? Et praefertur affirmativa; etenim in conditione, quae ex dispositione legis subintelligitur in fideicommisso, quo ascendens gravat descendentem,et quae est *si sine liberis moriatur*, etiam nepotes nomine liberorum veniunt,

Digitized by Google

et efficiunt deficere conditionem fideicommissi; jam autem leges plerumque homines inducere solent ad agendum juxta earum tenorem; cum ergo leges in successione ab intestato jus repraesentationis introduxerint, verosimile est testatorem etiam illos eodem ordine ad fideicommissum vocasse, cum, ut supponitur, ipse non determinaverit ordinem, juxta quem ad fideicommissum admitterentur. Hactenus dicta omnes admittunt, si agatur de descendentibus; ast plurimi contrarium volunt esse statuendum in collateralibus; sed eum utrobique eadem militet ratio, haec distinctio non videtur admittenda.

Nec quis dicat, quod hoc ipso quo testator disposuit, voluerit recedere a dispositione legis, et sic noluerit in sua successione servari eum ordinem, qui per leges erat praestitutus. ℟. Id etiam in casu fit, etenim vel testator non instituit proximiorem ab intestato, quo casu satis apparet quod recessorit ab ordine, quem lex statuerat in successione legitima; vel instituit proximiorem, et tunc etiam a legis dispositione recessit fideicommissum ordinans, quo eum gravavit; etenim ex dispositione legis proximior semel admissus ad hereditatem eam pleno jure et irrevocabiliter acquirere debebat, potuissetque eam relinquere cui vellet; ast jam propter fideicommissum, quo gravatus est, tenetur eam relinquere proximioribus ab intestato ipsius gravantis.

Neque obstat *L.* 69 § 3 *ff. de leg.* 2, in qua dicitur, quod in fideicommisso familiae proximus quisque primo loco intelligatur invitatus; etenim in illa lege agitur de collateralibus; jam autem jure veteri ante *Nov.* 118 in linea collateralium jus repraesentationis locum non habebat; hinc J. C. recte dixit, eos admitti secundum gradus praerogativam. Idem respondendum ad *L.* 32 § 6 *ff. de leg.* 2.

Diximus ante, quod in fideicommisso tacito familiae tantum illi, qui de familia sunt, sint vocati sub conditione *si heres extra familiam alienet*, ita ut intra familiam heres eligere possit quem velit; cui non obstat, quod non debeat esse in potestate heredis an sit obligatus necne, etenim hic non est in potestate ipsius an obligetur; in omnem enim casum uni de familia restituere debet, sed est tantum in ejus potestate cui ex ipsis restituat; plurimum autem inter haec duo interesse docet J. C. in *L.* 7 § 1 *ff. de reb. dub.*, ubi ait: *plurimum enim interest utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concedat.*

Non obstat etiam quod, si simpliciter familiae relictum sit fideicommissum, heres non habeat facultatem eligendi, sed proximioribus restituere debeat; nam ubi familiae relictum est fideicommissum, dubitari potest de mente testatoris quem ordinem servare voluerit in restituendo fideicommisso, unde tunc recurrendum est ad id, quod verosimilius est; cum autem testator in hoc fideicommisso motus sit vinculo sanguinis, verosimile apparet quod, prout illud vinculum est arctius, etiam tanto magis eos dilexerit; ast quando voluit *ne res extra familiam alienaretur*, verba ejus sunt clara, iisque est satisfactum, modo uni de familia etiam remotiori fideicommissum restituatur.

§ XXIV.

Quamvis in fideicommisso tacito heres eligere possit cui restituat, non tamen eum quem eliget ratione hujus fideicommissi potest gravare ullo legato, vel fideicommisso, aut alio onere; etenim ut quis alterum possit gravare legatis vel fideicommissis requiritur, ut eum honoraverit et aliquid ipsi reliquerit; jam autem hoc fideicommissum cognatus non intelligitur capere ab herede fiduciario, sed ab eo, qui fideicommissum ordinavit.

Nec obstat *L.* 8 § 1 *ff. de jure cod.*, juxta quam etiam ab heredibus legitimis legari potest ac fideicommitti, ea ratione quod ubi testator testamentum non condit, heredibus legitimis intelligitur relinquere suam hereditatem; jam autem cognatus in casu etiam fideicommissum capit ex electione per fiduciarium facta. Disparitas est, quod heredes legitimi hereditatem a defuncto directo capiant, etenim in potestate testatoris erat non tantum eos excludere, sed etiam instituere quemcumque vellet; ast in casu fiduciarius absolute restituere debet uni de familia, ita ut aliis restituere nequeat, unde non directe a fiduciario, sed a primo testatore fideicommissum capere intelligitur. Hoc ita, nisi praeter fideicommissum fiduciarius aliquid insuper reliquerit a se electo, tunc enim ratione ejus, quod insuper ei reliquit, eum gravare poterit fideicommisso, quinimo eum gravare poterit, ut ipsam rem quam ex fideicommisso ei restituit ipsemet ex fideicommisso alteri restituat, modo scilicet id quod ultra fideicommissum ei reliquit adaequet valorem fideicommissi.

Sed quid si tali casu eum gravasset isto fideicommisso in favorem extranei, qui non est de familia? Distinguendum utrum primum fideicommissum sit simplex, id est in quo unica tantum est facienda restitutio, an vero sit perpetuum; primo casu extraneus illud retinebit, cum hoc ipso quo uni de familia illa res semel est restituta, sit paritum et in totum satisfactum voluntati defuncti; secundo autem casu durante vita illius, qui fideicommisso gravatus est, fideicommissum a caeteris, qui de familia sunt, peti non poterit; ast eo mortuo, caeteri, qui de familia sunt, rem illam fideicommisso subjectam poterunt vindicare ab extraneo, quia scilicet non debet esse in potestate fiduciarii reliquis, qui de familia sunt, intervertere fideicommissum (*L.* 67 § 5 *ff. de leg.* 2).

§ XXV.

Diximus quod in tacito fideicommisso heres inter omnes de familia eligere possit cui fideicommissum restituat, etiam remotiorem; quid igitur si mortuus sit electione non facta? Tali casu omnes de familia admittentur, quamvis omnes vocati non sint (*L.* 67 § 7 *ff. de leg.* 2), idque ex verosimili ac praesumpta voluntate testatoris.

Neque obstat quod, quando in venditione pretium collatum est in arbitrium tertii, et tertius arbitratus non est, venditio non valeat; nam disparitas est quod alias in casu nostro in potestate heredis foret ne teneatur ex fideicommisso, necne; posset enim non eligere, et ita fideicommissum non subsisteret; haec ratio cessat in venditione, quae in casu objecto erat conditionaliter contracta, scilicet *si tertius arbitratus fuerit*.

Quamvis autem tali casu omnes de familia ad fideicommissum admittantur, non tamen simul admittuntur, sed secundum gradùs praerogativam; et sane si in fideicommisso expresso familiae relicto non omnes simul admittantur, sed secundum gradus praerogativam, multo magis id dicendum est in fideicommisso tacito; in fideicommisso enim expresso omnes de familia vocati sunt, in fideicommisso autem tacito nullus vocatus est, ut jam vidimus. An heres ubi semel elegit variare potest? R. Videndum utrum fideicommissum sit purum, an conditionale; si sit purum, electione semel facta, variare nequit, quia hac ipso electio consumitur, quatenus electione facta statim dominium ipso jure transit in fideicommissarium; aliud servatur in actibus inter vivos, v. g. in obligatione alternativa, ibi enim crediter habens electionem potest variare usque ad finalem solutionem; sin autem fideicommissum sit conditionale, v. g. si tantum post mortem restitui debeat, toto tempore vitae variare poterit, quia ante existentiam conditionis, quae in exemplo allegato tantum existit post mortem, nullum jus est quaesitum fideicommissarie (*L.* 77 § 10 *ff. de leg.* 2, et *L.* 24 *ff. eod.*).

TITULUS II.

QUANDO DIES LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM CEDAT.

§ I.

Cedere diem in contractibus significat, quod obligatio nata sit et incipiat deberi (*L.* 213 *ff. de verb. sign.*): in legatis autem importat, quod legatum incipiat esse transmissibile ad heredem, non autem quod incipiat deberi. *Venire diem* tam in contractibus, quam in legatis importat, quod obligatio nata sit cum effectu, ita ut illud quod debetur efficaciter peti possit. Quaeritur autem in hoc titulo quando dies legati cedat, seu, ut jam diximus, quandonam incipiat esse transmissibile ad heredes? Et distinguendum est inter legata pura et conditionalia; dies enim legati pure relicti olim non cedebat ante apertas tabulas, ita ut si legatarius ante apertas tabulas decederet, legatum ad heredes non transmitteret; sed hoc abrogavit imperator in *L. un. cod. de caduc. toll.*, et jus vetus, quod ante Augustum obtinuerat, reduxit; unde hodie dies legati pure relicti cedit statim a morte testatoris, quamvis hereditas necdum sit adita, ita ut legatarius ante aditam hereditatem decedens, quamvis nunquam legatum petere potuerit, illud ad heredes transmittat; et hoc est, quod J. C. exprimit in *L.* 7 *ff h. t.*, *heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.*

Huc referri potest *L.* 75 § 1 *ff. de leg.* 2. Proponit ibidem J. C., quod testator aliquem heredem instituerit pro parte, cui aliquid praelegaverat, et coheredes invicem substituerat: ille heres, cui praelegata erant relicta, mortuus erat needum adita hereditate, et ita portio hereditatis ei delata ex substitutione deferri coepit coheredibus substitutis: quaerit J. C. quid dicendum sit de praelegato ei relicto? Neta quod, dum heredi ex parte praelegatum relinquitur, partem ejus capiat jure legati, partem jure hereditario, scilicet pro ea parte pro qua heres est; itaque partem quam ex praelegate cepisset jure legati ad heredes transmittet, cum dies legati pori cedat a morte testatoris; partem autem praelegati, quam jure hereditario cepisset, si hereditatem adivisset, ad heredes non transmittet, quia haec ei nunquam fuit delata jure legati, sed jure hereditario, et adeo cum mortuus sit ante aditam hereditatem, pars illa remanebit penes coheredes.

Sed his objici potest *L.* 18 *ff. de leg.* 1, in qua dicitur, quod si heredi ex parte praelegatum fuerit relictum, et is repudiaverit hereditatem, totum legatum petere possit, quamvis a semetipso inutiliter legetur; ergo similiter, dum non fuit heres, quia mortuus est ante aditam hereditatem, heredes ejus totum legatum petere poterunt. Sed disparitas est quod, dum heres ex parte, cui praelegatum relictum est, hereditatem repudiat, tunc non tantum illae partes quas habuisset jure legati eidem deferuntur, sed etiam illae quas habuisset

jure hereditario ex rebus praelegatis, quia scilicet eo ipso quo hereditatem repudiat,nihil amplius ex hereditate ipsi defertur jure hereditario; consequenter, eum non obstet amplius titulus heredis in illa parte praelegati, quam habuisset jure hereditario, si hereditatem adiisset, eo ipso incipit deferri jure legati. Ast in casu *L.* 75 nunquam illa pars, quam habuisset jure hereditario, si hereditatem adivisset, ei delata fuit jure legati; etenim usque ad ultimum momentum vitae tota pars hereditatis, pro qua fuerat institutus, ei delata fuit jure hereditario, adeoque etiam ea pars praelegati, quam in illa parte hereditaria inveniebat; ergo eam ad heredem transmittere non potuit.

Cum dies legati pure relicti cedat a morte testatoris, legatarius moriens needum acceptato legato illud ad heredem transmittit, quinimo etiam quamvis ignoret illud sibi relictum,quia illa transmissio fit potestate juris et citra voluntatem legatarii.

Sed quaeret quis cur potius legatum non agnitum ad heredes transmittatur, quam hereditas non adita? Plurimi hanc rationem allegant, quod legatum incipiat deberi a tempore mortis; sed id falsum esse jam monuimus; ratio ergo vera est, ne alias sit in potestate heredis per fraudulentas moras privare legatarium suo legato.

§ II.

Quod diximus diem legati pure relicti cedere a morte testatoris fallit in legatis mere personalibus; unde si ususfructus legatus sit, dies hujus legati non cedit a morte testatoris, sed tantum ab adita hereditate; idemque est in usu et habitatione legata (*L.* 2 *ff. h. t.*). Rationem allegat J. C. in *L.* 3 *ff. h. t.*, *cum enim ad heredem non transferatur, frustra est si ante quis diem ejus cedere dixerit:* hoc vult, quod cum ususfructus utpote mere personalis ad heredem non transeat, inutiliter cederet ante aditam hereditatem, cessionis enim effectus est ut legatum incipiat esse transmissibile ad heredem. Aliam adhuc rationem allegat J. C. in *L. un.* § 2 *ff. quando dies ususfr. leg. ced.*, ubi dicit *tunc enim constituitur ususfructus cum quis jam frui potest*, id est quod ususfructus consistat in facto; jam autem ante aditam hereditatem legatarius non potest interponere factum perceptionis fructuum; antequam enim hereditas adeatur non habet jus percipiendi fructus, cum adhuc incertum sit an legatum ei debebitur, et cum ea quae facti sunt ad heredem non transeant, etiam dies hujus legati non potest cedere ante aditam hereditatem.

Nec quis dicat,quod saltem transmittere posset jus utendi fruendi, nam et illud jus mere personale est, et consequenter ad heredem non transit; et deinde Romani in usufructu potius intuiti sunt factum perceptionis fructuum quam jus illud radicale, etenim sine facto perceptionis jus illud radicale non adfert utilitatem: sic ponamus quod fructuarius mortuus sit maturis jam fructibus, iis tamen needum perceptis, jus illud radicale nullius erit effectus; nullum enim jus ad fructus ei competit antequam eos perciperet; unde etiam moriens nullum jus ad heredes transmittit.

Hinc intelligi potest quod J. C. subjicit in *d. L.* § 2.: *hac ratione et si servo hereditario ususfructus legetur, Julianus scribit, quamvis caetera legata hereditati acquirantur, in usufructu tamen personam domini expectari qui uti et frui possit;* id est, cum ususfructus consistat in facto requirit veram personam et non fictam, quae factum perceptionis fructuum ponere possit; unde, quamvis caetera per servum hereditati acquirantur, ususfructus tamen acquiri non potest per servum, quia hereditas non est persona vera, sed ficta, quae factum illud interponere non potest.

Intelligitur quoque § 4 *ejusd. L.*, in quo dicitur *non solum autem ususfructus ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec actio de usufructu*, unde infert *agentem ante diem ususfructus nihil facere, quamvis alias qui ante diem agit male agit;* scilicet re in diem debita actio nata est, saltem in actu primo, quamvis non sit nata in actu secundo, id est cum effectu, unde ante diem agens incidebat in poenam plus petentium,quae erat ut in perpetuum ab actione sua manerent exclusi; cum autem ante diem aditae hereditatis actio de usufructu nata non sit, is qui ante diem agit ad usumfructum non male agere intelligitur, sed nihil agere, ideoque in hanc poenam non incidebat.

§ III.

Quandonam cedit dies legati annui? Cum legatum annuum sit multiplex, sic ut legatum primi anni sit purum, sequentium annorum conditionale, dies legati primi anni statim cedit a morte testatoris,nisi ususfructus in annos singulos relictus esset, tunc enim dies legati primi anni tantum cederet ab adita hereditate; dies vero legatorum sequentium cedet a prima die cujusque anni, ita quidem ut si forte jacente hereditate aliqui anni sint clapsi,istorum annorum legatum praestandum veniat postea adita hereditate; quod secus se habet in usufructu. Ratio differentiae est,quod in usufructu potius attendatur factum quam jus, ita ut ubi fructuarius fructus percipere non potest, nec ejus intelligatur ususfructus, fructus autem jacente hereditate percepti per alium amplius a legatario percipi nequeunt, cum factum infectum fieri nequeat; sed in legato annuo non factum, sed jus attenditur.

§ IV.

Hactenus vidimus quandonam cedat dies legati

Digitized by Google

pure relicti; sequitur videndum de conditionali. Hujus autem dies demum cedit existente conditione, qualiscumque sit conditio, sive casualis, sive potestativa, sive mixta (*L.* 5 § *ff.* 2 *h.t.*); idque etiam, quamvis hereditas jam foret adita, ita ut legatarius decedens antequam existat conditio legati illud ad heredem non trasmittat. Aliud servatur in actibus inter vivos, puta in stipulatione sub conditione contracta; creditor enim pendente conditione decedens jus ex stipulatione quaesitum ad heredes transmittit, ita ut modo postea existat conditio, heres ejus ex stipulatione agere possit. Ratio differentiae est, quod stipulatio modo sit perfecta statim jus tribuat stipulatori *purum* scilicet si stipulatio sit pura, *conditionale* si stipulatio sit conditionalis, quod jus creditori quaesitum ad heredes transmittitur; sed ex legato sub conditione relicto, antequam conditio existat, nullum jus quaeritur legatario, consequenter nec moriens ullum jus ad heredes transmittere poterit. Quod autem ex legato conditionali nullum jus quaeratur ante existentiam conditionis, in stipulatione autem conditionali jus mox quaeratur, probatur ex *L.* 42 *ff. de oblig. et act.*, in qua dicitur *is cui sub conditione legatum est pendente conditione non est creditor*; scilicet non tantum respectu juris puri, sed et etiam respectu juris conditionalis, de puro enim nullus dubitare poterat; prosequitur *sed tunc cum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse*, scilicet respectu juris conditionalis. Etiam probatur a ratione juris: contractus perficitur duorum consensu, qui consensus utrimque interveniens jure naturae sufficiens est ad introducendum jus et obligationem, quae non potest dissolvi nisi dissensu utriusque; ast legatum et quaecumque ultima voluntas perficitur sola voluntate testatoris; unde ubi continet dispositionem conditionalem, jus non tribuit ante conditionis existentiam, non certe vivente testatore, quia is in vita sua nullum jus quaesitum vult legatario; non etiam intermedio tempore inter mortem testatoris et aditam hereditatem, quia, ut ante diximus, tunc desunt termini habiles; restaret ergo, ut ex ea aliquod jus acquireretur a tempore aditae hereditatis usque ad existentiam conditionis, et tunc quidem ex natura rei jus acquiri posset; sed quominus acquiratur resistit voluntas testatoris, qui in defectum conditionis de ademptione cogitavit.

§ V.

Quod diximus, diem legati sub conditione relicti tantum cedere ab existentia conditionis, aliquando fallit: sic imprimis fallit in conditionibus improprie dictis, quales sunt de praeterito et praesenti; item in conditionibus impossibilibus; item in illis quae habentur pro impletis, qualis est conditio *de non nubendo*; hoc etiam fallit in conditionibus certo certius extituris, quia neque hae sunt verae conditiones, cum actum non suspendant. Hinc quaeritur quid si legatum relictum sit sub conditione *sive navis ex Asia venerit, sive non venerit*, quandonam dies ejus legati cedat? Et demum cedet, ubi navis venerit aut perierit, ita ut si legatarius interim decedat, nihil ad heredem transmittat (*L.* 13 *ff. h. t.*). Ratio est quod quamvis certum sit eam conditionem extituram, incertum tamen est, an in vita legatarii sit extitura; quoties autem id incertum est, legatum intelligitur conditionale, nimirum non tantum conditio, sed et etiam dies legato fuit adjectus; incertum autem est an ille dies sit extiturus in vita legatarii; dies autem incertus *quando* legatum reddit conditionale, si non fit certum eum extiturum in vita legatarii; unde si non propter conditionem, propter diem tamen adjectum, qui in conditione continetur, legatum fit conditionale, ac proinde ejus dies cedere non potest ante existentiam diei adjecti.

Non obstat quod testator similem conditionem adjiciens in omnem casum voluerit praestari legatum; nam testator illam conditionem adjiciens certo se retulit ad eventum, quem in conditione posuit, seu potius ad diem quo illo eventus existeret, scilicet se retulit ad id tempus quo navis veniret, vel certum foret eam non adventuram, ante quod tempus credendum est nullum jus legatario voluisse acquiri.

Nec obstat *L.* 8 § 1 *ff. de per. et comm. rei vend.*, in qua proponitur ita contracta venditio, *sive navis advenerit, sive non*: et dicit J. C. statim perfectam esse venditionem: reddit rationem *quoniam certum sit eam contractam*. Nam disparitas est, quod in contractibus sufficiat modo certum sit diem adventurum, ut contractus intelligatur pure celebratus; sed in ultimis voluntatibus non sufficit certum esse diem extiturum, sed insuper requiritur, ut certum sit eum extiturum in vita legatarii; in casu autem incertum est an in vita legatarii adveniet navis, an peribit.

§ VI.

Similiter id fallit in illis conditionibus, quae ex natura rei, vel negotii subintelliguntur; hae enim quamvis expressae forent, non impediunt cessionem legati: huc referri potest *L.* 25 *ff. h.t.* Casus hic est: fundus Tusculanus erat legatus, vel *si navis ex Asia advenerit* fundus Sempronianus: quaeritur quandonam cedat dies hujus legati? Quaestio pendet ab eo utrum hoc legatum sit conditionale; et certo pro una sui parte conditionale est, scilicet respectu fundi Semproniani; sed quaeritur an non possit diei purum respectu alterius fundi, ita ut si legatarius decedat antequam navis ex Asia ad-

Digitized by Google

venerit, saltem fundum tusculanum, cui nulla conditio fuit apposita, ad heredem transmittat; et J. C. decidit legatum ad heredem transivisse non videri. Ratio est quod hoc legatum non sit multiplex, sed unicum, uti J. C. initio legis advertit, is scilicet, qui hoc vel illud legat, non utrumque legat, sed alterutrum ex ipsis; unde, cum uni ejus parti conditio sit adjecta, haec afficit totum legatum, cum sit unicum. Insuper inconveniens esset, ut unum et idem legatum pro parte videretur purum, et pro parte conditionale, et sic pro parte dies ejus cederet, pro parte non cederet; hoc tamen in casu contingeret, nisi totum legatum dicamus conditionale. Deinde non utrumque, aut res aliqua determinata ex ipsis legata est, sed alterutrum quod legatarius voluerit, sive hic legata est electio ipsi legatario, non quidem pure, sed conditionaliter; igitur legatum debet dici conditionale. Voëtius tamen putat J. C. tantum velle, quod legatarius pendente conditione moriens ad heredem non transmittat jus eligendi, sed transmittat eam rem, quae pure legata invenitur; ast minus recte; cum enim J. C. initio legis advertisset tantum unicum esse legatum, et non plura, postea dicens illud ad heredem non transmitti, intellexit sane nihil quidquam ex eodem ad heredem transire; deinde non illa res pure legata fuit, sed sub conditione, si legatarius existente conditione alteri parti apposita eam elegerit; jam autem supponitur mortuus pendente eadem; ergo non potest legatum ad heredem transmittere.

Non obstat quod testator in omnem casum fundum tusculanum praestari voluerit; nam, ut jam ante vidimus, et hoc legatum conditionale est, ita ut interim decedens legatarius legatum ad heredem non transmittat; et deinde non est verum quod testator in omnem casum fundum tusculanum legatario praestari voluerit, cum enim demum praestari voluit, si legatarius eum elegisset.

Nec quis dicat quod, si legatarius ante mortem suam dixisset se acceptare tusculanum, tunc saltem eum ad heredem transmitteret; etenim antequam existat conditio fundum tusculanum acceptare aut eligere nequit, cum ei non pure et simpliciter sit data electio, sed demum sub conditione, qua consequenter pendente, eligere non potest.

Nec quis instet, quod jus eligendi, utpote in suum favorem datum, possit remittere; etenim tunc demum quis potest renuntiare suo favori, ubi ille favor ei jam inde defertur, etenim renuntiatio jam ante facta uti et acceptatio nullius valoris est: sic ante vidimus quod heres sub conditione institutus pendente conditione non possit neque adire, neque repudiare hereditatem, quatenus pendente conditione, ea ipsi non defertur.

Obj. *L. 14 pr. et § 1 ff. h. t.*, in qua proponuntur Sejae decem legata, aut si pepererit fundus: dicitur quod Seja moriens antequam pariat decem ad heredem transmittat. Sed disparitas est, quod in casu objecto viva adhuc Seja, defecerit conditio, sub qua fundus ei legatus erat, et ita ipsa adhuc viva decem ei legata pure inveniuntur; unde tunc moriens ea ad heredem transmittere debet. Quod autem ipsa viva defecerit conditio, probatur ex eo, quod Seja moriens amplius parere nequeat, non enim unico instanti partus editur, sed saltem aliquem tractum temporis desiderat; unde in ipso momento mortis conditio defecit, quod momentum, cum vitae adscribatur, ipsa adhuc viva, cessit dies decem legatorum.

§ VII.

Hactenus vidimus de legato sub conditione relicto; sequitur videre de legato relicto in diem. Et hic distinguendum inter diem certum et incertum, ita ut si dies sit certus, dies legati cedat statim a morte testatoris; sin autem dies sit incertus, tunc regulariter tantum cedit existente die: et quidem majoris dilucidationis gratia sciendum dupliciter diem posse esse incertum, scilicet incertitudine *an*, et incertitudine *quando*. Si certum sit an et quando dies sit extiturus, legatum intelligitur purum, diesque ejus cedit a morte testatoris, venit autem existente die: sic si Titio legata sint centum post decem annos a morte testatoris, modo Titius supervixerit testatori, legatum ad heredem transmittet; si autem incertum sit an dies sit extiturus, haec incertitudo facit conditionem ac diei cessionem impedit, uti in contractibus; si autem certum sit diem extiturum, incertum autem quando sit extiturus, tunc vel certum est cum extiturum in vita legatarii vel est incertum: priori casu legatum erit purum, et dies ejus cedet statim a morte testatoris et veniet existente die: posteriori casu legatum videbitur conditionale, diesque ejus cedet venietque existente die; hinc juxta *L. 4 ff. h. t.* si testator legaverit Titio decem *cum heres morietur*, legatum erit conditionale, quia, quamvis certum sit heredem moriturum, incertum tamen est an legatarius ei sit supervicturus; aliud esset, si testator dixisset se legare decem Titio *cum ipse Titius morietur*, quia scilicet ille dies existet in vita legatarii, et ideo legatum non erit conditionale. Hac in re aliud obtinet in actibus inter vivos; in his enim, si modo certum sit diem extiturum, quamvis incertum sit an is sit extiturus in vita stipulatoris, tamen stipulatio intelligitur pura, cum enim jus ex stipulatione conditionali quaesitum ad heredes transmittatur, modo certum sit diem extiturum, hoc ipso certum est quod debebitur, et ita stipulatio non potest videri conditionalis, sed pura; sed in legato, ubi dies incertus adjectus est, non acquiritur jus ante diei existentiam, et ita legatarius interim decedens nihil juris ad heredem transmittere potest.

Digitized by Google

§ VIII.

Quod diximus, diem legati ex incerto die relicti tantum cedere ab existentia diei, aliquas patitur exceptiones. Sic primo, si dies ille sit adjectus heredis exonerandi causa, tunc dies cedet statim a morte testatoris; exemplum habemus in *L.* 20 *ff. h. t.*, ubi testator *Titio dena usque ad annos decem legaverat:* dicit J. C. quod si testator in plures pensiones eam summam diviserit, heredis exonerandi gratia, unicum legatum intelligatur illudque purum, ita ut legatarius interim moriens legatum pro integris decem annis ad heredes transmittat, scilicet testator tali casu intendit unicum tantum legatum relinquere, unicamque summam legare illudque pure, sed ejus praestationem in decem diversas pensiones distribuit, ex quibus singulis annis una esset praestanda, unde dies ille non est adjectus dispositioni, sed potius executioni; jam autem quoties dies non adjicitur dispositioni, sed tantum executioni, dies ille, quamvis incertus, non reddit legatum conditionale, ut constat ex *L.* 5 *cod. h. t.*, ubi testator legaverat filiae suae decem, et subjecerat quod legatum accipere deberet *eum ad legitimum etatum pervenerit;* dicit Imperator quod conditio non intelligatur inserta legato, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videatur; ideoque si filia moriatur ante legitimam aetatem, legatum ad heredes transmittat; cujus ratio est, quod ibidem dies non ipsi legato, sed praestationi legati esset apposita.

§ IX.

Utrum autem dies adjiciatur ipsi dispositioni seu legato, an vero praestationi aut solutioni tantum, plerumque exinde dignoscetur utrum tempus et dispositio unica oratione contineantur, an vero separata oratione, ut primo fiat dispositio, et secundo exprimatur tempus, quo debet fieri executio aut solutio: haec ita, modo voluntas testatoris non resistat. Huc spectat *L.* 46 *ff. ad S. C. Trebell.*, ubi proponitur hic casus: Sejus Saturninus testamento fiduciarium reliquit heredem Valerium Maximum, a quo petierat ut filio suo Oceano, cum ad annos sedecim pervenisset, hereditatem restitueret: filius antequam annos sexdecim impleret defunctus erat: quaesitum fuit ad quem ista hereditas deberet pertinere, an ad Valerium Maximum fiduciarium heredem, an vero ad heredes legitimos ipsius filii: Valerius Maximus pro se allegabat, quod in casu fideicommissum esset relictum in diem incertum, et ita esset conditionale, unde cum filius pendente die esset mortuus, fideicommissum penes se remanere deberet, quatenus ubi fideicommissarius moritur pendente conditione, illud ad heredes non transmittat, sed penes fiduciarium remaneat: contra heredes legitimi allegabant, quod ille dies non afficeret dispositionem, et ita fideicommissum non esset conditionale, sed purum, cujus dies consequenter cesserat a morte testatoris, atque ita filium, qui testatori supervixerat, illud ad se transmisisse: J. C. autem heredes legitimos decidit esse admittendos in verbis: *fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem caetera bona Oceani pertinuerint, quoniam dies fideicommissi vivo Oceano cessit.*

Nec quis dicat J. C. absolute non decidere heredes legitimos esse admittendos, sed tantum sub conditione, cum statim subjiciat, *scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur;* nam credibile non est J. C. quaestionem, quam ex professo tractandam susceperat, indecisam reliquisse; id quidem aliquando fieri interpretes contendunt, sed hoc tantum verum est, ubi quaestio tantum incidenter proponitur; ast ubi ex professo tractatur, id nunquam in jure nostro contingit; itaque dicendum particulam *si* hic importare *quia*, uti adhuc aliquando apud probatos auctores linguae latinae invenitur accepta; unde his verbis J. C. non voluit heredes sub conditione esse admittendos, sed voluit reddere r tionem cur fideicommissum non intelligatur conditionale. Ratio autem, cur in casu fideicommissum non intelligatur conditionale, sed purum, est quod in dubio nunquam aliquis praesumatur alienum sanguinem proprio anteferre, haecque praesumptio tantae efficaciae est, ut in fideicommisso, quo ascendens gravat descendentem, subintelligatur conditio *si sine liberis moriatur*, quamvis testator eorum nullam mentionem fecerit; hine etiam non credatur quod testator voluerit facere fideicommissum conditionale, aut in aliquem casum praeferre fiduciarium filio suo, in cujus favorem hoc fideicommissum ordinaverat.

Nec quis dicat quod, cum testator Valerium instituisset heredem, et eum tantum gravasset fideicommisso in diem, eum praetulerit filio suo, donec ille dies existeret; et ita si filius moriatur ante eum diem, fideicommissum ad heredes transmittere non possit, nam id nullatenus sequitur; ex eo enim quod testator Valerium heredem instituerit, et tantum gravaverit fideicommisso in diem, adeo ut intermedio tempore Valerium praetulerit filio suo, verosimiliter id ideo fecit quia nolebat administrationem suorum bonorum committere tutoribus filii, quibus forte non fidebat, et quos tamen justis de causis a tutela excludere nolebat; unde testator Valerium nullatenus praetulit filio suo, sed eum instituit heredem in favorem filii sui, ex eo quod ei plus fideret quam tutoribus filii, et ita voluntas testatoris nullatenus fuit in casu relinquere fideicommissum conditionale.

Sed dicet quis, non potuit haec fuisse ratio sola testatoris, quod nollet committere administrationem

Digitized by Google

bonorum tutoribus filii, alias gravasset Valerium ut ista bona restitueret filio, cum pervenisset ad annum decimum quartum, anno enim 'ocimo quarto finitur tutela, et filius ipsemet bona sua admioistrare poterat si vellet; cum ergo Valerium tantum rogaverit ut fideicommissum praestaret, postquam filius pervenisset ad annum docimum sextum, eum filio suo praetulit certo pro his duobus annis intermediis, noo potest ergo diei quod Valerius uoice instituerit in favorem filii. ℟. Ratio est quod jure Digestorum tempus quo tutela finiretur non esset omnino certum ac determinatum, ita ut aliqui putarent illud finiri anno decimo quarto, alii aono decimo sexto, alii denique anno decimo octavo, quinimo olii putabant inspiciendum habitum naturalem corporis, unde testator in casu maluerat ipsemet determinare aetatem qua finiretur tutela, quod in hac incertitudine ipsis testotoribus permittebotur. Deinde jure Digestorum minores a tutela liberati non tenebantur inviti accipere curatores ut nune, sed si vellent ipsimet bona sua administrare, poterant; unde pater id pracvidens, et credens quod ea aetate filius nondum par esset bonis suis administraodis, maluit eorum administrationem committere amico suo Valerio, in quo maximam fiduciam habebat.

Non obstat *L.* 22 *ff. h. t.*, ubi proponitur legatum relictum Titio *cum annorum quatuordecim factus erit:* is autem ante annum decimum quartum decesserat: dieit J. C. quod *ad heredem ejus legatum non transeat*; ex quo inferunt, nec in cosu *L.* 46 fideicommissum ad heredem filii transire; quia disparitas est quod in *L.* 22 non agatur de filio, sed de extraneo, et ita non concurrebant ibidem illae circumstantiae ot rationes, quae militant in casu *L.* 46, quod scilicet non sit praesumendum quod testator alienum sanguinem proprio praetulerit.

Quid si in casu *L.* 46 pater dixisset *si ad annos sexdecim pervenerit*, an jam ille dies tantum intelligeretur similiter adjectus solutioni? ℟. negative, sed importaret conditionem; particula enim *si* nimis evidenter conditionem importat, atque adeo dubitare non possumus, quin testator voluerit facere fideicommissum conditionale; non idem est quando testator utitur particula *cum*, haec enim absolute et ex natura sua conditionem non importat, sed tantum diem afficit, unde tunc quaestio voluntatis esse potest, et ideo ubi circumstantiae aliud exiguot, dieimus eam non facere conditionem; id autem circumstantiae in casu *L.* 46 absolute exigere videotur.

§ X.

Si dies adjiciatur in favorem legatarii, vel fideicommissarii, tunc, quamvis is incertus esset, non impediret tamen diei cessionem, quia tali casu testator non voluit adjectionem diei nocere legatario, aut ut propter eam aliquo casu legatum amitteret. Exemplum habemus in *L.* 26 § 1 *ff. h. t.*, ubi testator ab heredibus alumno centum dari voluerat, eamque pecuniam ad alium transferri, ut in annum vigesimum quintum trientes usuras ejus summae perciperet alumnus, ne post eam aetatem sortem ipsam: quaesitum fuit quid si intra annum vigesimum quintum alumnus esset mortuus, an legatum ad heredes transmitteretur? J. C. dicit illud videri transmissum, quia scilicet iste dies erat adjectus in favorem alumni, ne intra istam aetatem pecunia dilapidaretur, aut saltem inutilis foret.

TITULUS III.

UT LEGATORUM SEU FIDEICOMMISSORUM CONSERVANDORUM CAUSA CAVEATUR.

Ut legatoriis et fideicommissariis conditionalibus plena securitas esset consequendi legata et fideicommissa, praetor imposuit heredi necessitatem cavendi datis fidejussoribus, se praestiturum legata etc. existente conditione: haec cautio olim a testatore remitti non poterat, sed divus Marcus in *L.* 2 *cod. ut in possess. leg.* constituit eam remitti posse.

TITULUS IV.

UT IN POSSESSIONE LEGATORUM, VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA ESSE LICEAT.

Herede cautionem, de qua *tit. praeced.*, recusante, mittitur legatarius etc. in possessionem rerum hereditariarum. Missionis hujus effectus est, ut pignus praetorium acquirat, mediante quo praefertur creditoribus heredis, non tamen praefertur creditoribus hereditariis, quia legata non debentur, nisi deducto aere alieno.

PARS SEXTA

LIBER TRIGESIMUS SEPTIMUS

TITULUS I.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

In hoc libro et sequenti traduntur successiones ab intestato, prout obtinebant ante Novellam 118; unde, cum haec post dictam Novellam historica sint, in his tradendis brevissimi erimus.

Lege *XII tabb.* tantum erant duo ordines legitimorum heredum. Primus erat heredum suorum, seu qui proximum in potestate patris locum tempore mortis ejus obtinebant; ex quo consequens erat emancipatos privatos fuisse hereditate paterna. Secundus ordo erat agnatorum, qui, deficientibus heredibus suis, ad successionem vocabantur: agnati dicebantur collaterales juncti per masculos capite non minutos, et ita juncti per foeminas vel masculos capite minutos, qui nomine cognatorum veniebant, a successione prorsus arcebantur; sed est notandum, successionem agnatis tantum semel delatam fuisse, adeo ut si gradu proximior eam repudiaret, non sequenti in gradu, sed fisco cederet; ex hac definitione agnatorum sequebatur patrem et matrem excludi a successione filiorum. Verum cum illae hereditatum exclusiones praetori acerbae viderentur, variis propositis edictis de bonorum possessionibus duritiem legis *XII. tabb.* emendavit; est igitur bonorum possessio, successio praetoria in universum jus defuncti, quae dabatur illis, qui per *L. XII. tabb.* a successione parentum et consanguineorum arcebantur. Illa bonorum possessio, quae in effectu ab ipsa hereditate non differebat, siquidem continebat integram bonorum possessionem sicuti hereditas, juxta Romanorum tamen hac in re scrupulositatem, aliquas admittebat differentias: sic v. g. qui per *L. XII. tabb.* ad successionem vocabatur gaudebat titulo heredis, non vero is qui per praetorem ad bonorum possessionem admittebatur; hereditas ipso jure deferebatur, bonorum possessio nonnisi petita fuisset; hereditas per procuratorem adiri non poterat, poterat vero bonorum possessio etc. Haec ita, quia non poterat praetor directe legem *XII. tabb.* abrogare, adeo enim populus Romanus suis antiquis legibus devinciebatur, ut perniciosum fuisset reipublicae illas supprimere; unde variis diverticulis utebantur praetores, ut, remanente cortice verborum *L. XII. tabb.*, ejus duritiem, postulante aequitate, corrigerent.

Animadvertendum praetorem in his duobus libris non tantum supplevisse ea, quae *L. XII. tabb.* sibi deesse viderentur, sed etiam amplexum esse ea, quae jam statuta erant per *d. L.*; imo non tantum successionibus ab intestato in his occupatur praetor, sed etiam successionibus ex testamento, adeo ut bonorum possessiones praebeant successionem praetoriam universalem tam testatam, quam intestatam.

TITULUS II.

SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT.

Dat praetor sub hoc *titulo* bonorum possessionem testamentariam scriptis heredibus, modo extent tabulae, nomenque heredis in iis appareat, et a septem testibus subscriptae sint.

Digitized by Google

TITULUS III.

DE BONORUM POSSESSIONE FURIOSO, INFANTI, MUTO, SURDO, CAECO COMPETENTE.

Illi omnes per curatorem petere possunt bonorum possessionem.

TITULUS IV.

DE BONORUM POSSESSIONE CONTRA TABULAS.

Haec bonorum possessio datur liberis omnibus adoptivis, posthumis, emancipatis in testamento patris praeteritis.

TITULUS V.

DE LEGATIS PRAESTANDIS CONTRA TABULAS BONORUM POSSESSIONE PETITA.

Bonorum possessione contra tabulas petita, vult praetor, ut legata certis personis relicta praestentur, scilicet parentibus, liberis, uxori, et nurui etc.

TITULUS VI.

DE COLLATIONE.

Cum per bonorum possessionem contra tabulas emancipati ad hereditatem admitterentur, contingebat ut eorum interventu, sui, seu in potestate retenti damno afficerentur; scilicet emancipati omnia sibi acquirebant, sui omnia patri. Hujus inaequalitatis tollendae causa constituit praetor, ut emancipati liberis in potestate retentis in medium conferrent omnia bona adventitia, quae tempore emancipationis acquisiverant, ut, his confusis cum bonis patris, eorum omnium aequalis fieret divisio: illa collatio tantum habebat locum respectu suorum, non vero respectu emancipatorum, seu illi inter se non conferebant, conferebanturque sola adventitia, illaque collatio non habebat locum nisi in successione legitima, nisi pater in testamento collationem injunxisset; haec ita jure antiquo. Jure autem novo omnia illa aliter se habent; fundamentum enim collationis hodiernoe est aequalitas servanda inter omnes liberos, nec tantum emancipati, sed et sui conferunt; non adventitia conferuntur, sed sola profectitia; habetque haec collatio locum, tam in successione legitima, quam testamentaria, nisi pater collationem expresse prohibuerit. Itaque videbimus quaenam sint requisita ad hanc collationem, et consequenter.

§ I. Ut res sit profecta ex bonis parentis cui succeditur.
§ II. Ut sit data ob causam.
§ III. Ut adhuc extet, vel culpa accipientis perierit.
§ IV. Ut sit accepta vivo parente cui succeditur.
§ V. Ut is, qui accepit, succedat.
§ VI. An sufficit tacita prohibitio patris, ut cesset collatio.
§ VII. Quinam conferre debeant.
§ VIII. An neptis avo succedens debet conferre dotem, quam ab eo accepit.
§ IX. An, si mater dotem acceperit et praemoriatur patri, nepotes ex ea dotem conferre debent.
§ X. Quid si statuto alicujus loci filia accepta dote excludator a successione paterna, et pater, qui dotem dederat, filiam instituat heredem, an haec dotem conferre tenebitur.
§ XI. An ipsae res conferendae sunt, an vero satisfiat collationi aestimationem conferendo.
§ XII. Quomodo fit collatio.
§ XIII. Casus quibus cessat.

§ I.

Jure novo, ut diximus, sola profectitia conferri debent, ea scilicet quae profecta sunt ex bonis patris; hine si pater repudiaverit legatum in favorem filiae suae heredis institutae, dotis constituendae causa, collationi locus non erit (*L.* 5 § 5 *ff. de jur. dot.*); quia pater nihil de suo erogavit, sed tantum non acquisivit, nempe legatum illud nunquam fuit in bonis patris, et consequenter ex ejus substantia nequit videri profectum.

§ II.

Sed nec sufficit profectum esse ex substantia patris, sed insuper requiritur ut datum sit ob causam. Hinc donatio simplex conferenda non est, quia illa fit solius liberalitatis exercendae causa, utque donatarius illud praecipuum habeat: excipitur tamen casus, quo haec donatio exaequaret dotem vel donationem propter nuptias aliis filiis aut filiabus factam, tunc enim donatio praesumeretur facta loco dotis vel donationis, ideoque aicuti dos et donatio propter nuptias, ita similiter et haec donatio conferri deberet (*L.* 20 § 1 *cod. h. t.*); sed quid si pater filio mutuum dederit, vel debitum ejus exsolverit, an filius illud conferre tenebitur? ℟. negative; quia non sunt termini habiles ad collationem. Ut enim collationi locus sit, debet id quod conferendum est existere extra patrimonium patris; jam autem illud mutuum vel debitum exsolutum existit in patrimonio patris, cum pater ratione hujus habeat actionem contra filium. Insuper quando quis obligatur ad conferendum, repudiata successione, a collatione se eximit, ubi filius in casu, licet repudiaret hereditatem, equidem mutuum aut pecuniam pro se solutam reddere teneretur; ex quibus patet hic deesse terminos habiles ad collationem.

§ III.

Ut collationi locus sit debet quoque res extare, aut saltem dolo vel culpa accipientis periisse; hine si res deterior facta sit, defungetur eam conferendo qualis erit; similiter si casu perierit

(*L.* 1 § 23, *et L.* 2 § 2 *ff. h. t.*); debitor enim speciei interitu ejus liberatur. Nec obstat quod, si post mortem patris et divisionem hereditatis res periisset, pereat illi qui eam accepit, nam summa est disparitas; etenim quod dicitur, per collationem velle patrem servare aequalitatem inter liberos, non sic intelligitur, quasi pater vellet aequalitatem hic et nunc quando dat, sed ita hoc accipiendum est, ut velit aequalitatem tempore judicii familiae erciscundae, tempore nimirum quo collatio fieri debet, et ita haec aequalitas non haberetur, si res, quae vivo patre interierunt, conferri deberent, sed quando pereunt post divisionem, aequalitas desiderata habuit suum effectum: insuper res tunc pleno jure et irrevocabiliter factae sunt accipientis, nec ullo modo est debitor earum, et ita ei tamquam domino perire debent.

Defectu hujus requisiti sumptus studiorum, utpote non amplius existentium, conferri non debent, nisi alicubi contraria vigeat consuetudo; verum quidem est studiis induci inaequalitatem inter liberos, quatenus filius studiis imbutus ad multo plura negotia gerenda et munera obeunda habilis evadat, quam frater illitteratus, sed hoc pretio aestimabile non est. Ex eadem ratione conferendi non sunt sumptus, convivia nuptialia et similia; ast gemmae et margaritae certi valoris, utpote constituentes partem dotis, conferendae sunt, sicuti officii empti pretium conferendum, modo hereditarium sit et alteri vendi possit, auxit enim illud officium patrimonium accipientis, et adhuc extat. Aliud esset, si pater filio nobilitatem pecunia comparavisset, cum enim haec patrimonium non augeat, summa erogata non potest videri ad filium pervenisse. Quod si officium non esset venale, sed aliqua summa gubernio soleret dari ad illud obtinendum, ut v. g. consulatus, an tunc pecuniam a patre erogatam filius conferre teneretur? ℟. Plurimi distinguunt, utrum habeat reditus fixos, quo casu collationi locum dant; si vero casuales tantum habeat reditus, collationi locum non esse existimant. Ast verius est indistincte locum non esse collationi; scilicet illa pecunia ad filium non pervenit, nec patrimonium ejus revera auget, et reditus quos lucratur potius sunt fructus laboris sui, quam pecuniae erogatae.

Sed quid si pater filium militiae desertorem, aut alterius criminis reum data pecunia a patibulo redemisset, an haec pecunia conferenda est? ℟ negative; quia illa pecunia non amplius extat, nec dolo, nec culpa illius filii extare desiit, cum ad eum nunquam pervenerit.

Nec dicatur utilitatem ejus pecuniae ad filium pervenisse; nam ad filium nihil pervenit, nisi retentio vitae, quae pretio aestimabilis non est.

Nec obstat quod filius delinquendo, dolo ejus pecunia extare desierit; nam, ut posset videri dolo ejus pecuniam desiisse extare, deberet ad eum pervenisse, quod factum non est. Hanc sententiam confirmat *L.* 17 *cod. de postul.*, ubi dicitur quod, si pater filium ab hostibus redemerit, propterea nihil contribuere debeat, sed videatur ex pietate paterna factum; similiter dicimus in casu patrem videri ex pietate filium a patibulo redemisse.

Obstat quod, si filius fuerit mulctatus, et pater pro eo mulctam solvisset, hanc summam filius conferre teneretur. ℟. Disparitas est, quod in casu objecto, quamvis pecunia ad filium non pervenerit, ad eum tamen pervenerit utilitas ejus, quatenus si pater non solvisset, ipse filius solvere debuisset, utpote ad hanc mulctam condemnatus. Sed in casu nostro filius ad nihil unquam obligatus fuit, quod patrimonium ejus minuere potuisset; et ita id quod pater expendit ad filium redimendum, ad eum nunquam venisse intelligi potest.

§ IV.

Ad collationem requiri quoque diximus, ut res accepta sit vivo parente, cui succeditur, et ita quaecumque praecipua filius accipit ex testamento patris collationi obnoxia non sunt. Sed an feudum, aut saltem ejus aestimatio conferenda erit? ℟. Plurimi distinguunt inter feudum novum et antiquum, ut hoc quidem conferri non debeat, quatenus non ab ultimo possessore, sed ab eo qui primitus feudum constituit videatur acquiri, et ita collationi locum esse negant, cum ad eam requiratur ut res profecta sit e bonis ejus cui succeditur; feudum autem novum collationi subjiciunt, si non in re, saltem in aestimatione: verius tamen est, nec in isto casu collationi locum fore; ut enim collationi locus esset, deberet esse acquisitum feudum vivente eo, de cujus successione agitur, quod de feudo dici nequit, cum tantum acquiratur post mortem ejus. Nec dici potest, quod filius vivente patre habeat jus conditionale, quatenus eo mortuo certo certius feudum sit habiturus; nam falsum est quod filius ullum jus habeat vivente patre; quod patet ex eo quod pater de consensu domini directi feudum alienare possit, quod sane fieri non posset, si jam filio jus aliquod natum esset: verum quidem est sententiam nostram inducere inaequalitatem inter liberos, sed hoc non sufficit ad collationem, nisi caetera ad eam requisita adsint; jam autem ostendimus deesse unum requisitum, illud scilicet quod res non fuerit accepta vivo parente.

§ V.

Tandem requiri diximus, ut is qui accepit succedere velit; datur tamen casus ubi, licet quia succedere nolit, ad conferendum tamen tenetur, scilicet si id quod accepit aliorum legitimam laedat, quo casu eatenus conferre debebit, ut legitimam salvam habeant: licet conferre is teneatur, qui

succedere vult, successio tamen non defertur sub conditione, sed defertur sub modo conferendi, ita ut collatio sit onus successionis, quod supervenit postquam hereditas adita est (*L.* 3 *ff. h. t.*). Et profecto multum interest an deferatur hereditas sub conditione, an sub modo; si enim sub conditione deferretur, prius collatio fieri deberet antequam hereditas adiretur, dein si sub conditione deferretur, qui semel recusasset conferre, postea paratus conferre non audiretur, quia verum esset dicere conditionem defecisse, adeoque non posset amplius esse heres, ubi, cum sub modo deferatur, adhuc posset poenitere, si res sit adhuc integra.

§ VI.

Diximus § 1 collationi locum non esse, si eam pater prohibeat; verum quaeritur, an tacita prohibitio sufficiat? Et dicimus quod, si pater dixerit se minus filiae quam filio relinquere, propter dotem quam accepit, dubitandum non sit quin collatio sufficienter prohibita sit; sed si pater minus relinquens filiae quam filio hoc non expresserit, nec quid aliud simile, si tali casu quantitas dotis correspondeat ei, quod pater plus filio reliquit, videbitur remissa collatio, ut in *L.* 39 § 1 *ff. famil. ercisc.*, ubi proponitur quod pater intestatus moriens codicillis praedia omnia, et patrimonium inter liberos divisisset, ita tamen ut longe amplius relinqueret filio quam filiae: quaesitum fuit an soror fratri dotem conferre deberet: respondet J. C. quod si pater nihil indivisum reliquerit, collatio dotis cesset ex praesumpta voluntate defuncti; pari ratione igitur dicimus etiam in casu collationem dotis cessare.

Obstat *Nov.* 18 *cap.* 6, in qua imperator constituit, ut collationi semper locus sit in successione testamentaris, nisi pater *expressim* collationem prohibuisset. ℟. Imprimis dici posset *expressim* hic importare idem quod evidenter, nam sane imperator noluit excludere casum, quo alio modo quam per expressionem constaret de contraria voluntate patris: praeterea dici potest imperatorem in *d. Nov.* non agere de casu, quo per collationem induceretur inaequalitas, sed de casu quo collatio necessaria est ad inducendam aequalitatem.

Aliud foret, si dos excederet id, quod plus filio relictum est.

§ VII.

Conferre debent omnes descendentes, sive sint filii aut filiae, sive nepotes aut neptes, sive retenti in potestate, sive emancipati, qui aliquid a vivo patre, vel avo, vel matre, vel avia acceperunt, et succedunt.

§ VIII.

An igitur neptis vel nepos avo succedens semper debet conferre dotem ab eo acceptam? ℟. Distinguendum, an acceperit dotem post mortem patris vel matris, quo casu collationi locus erit, ita ut non tantum fratri vel sorori suae eam conferre debeat, sed et etiam patruo vel avunculo, quibuscum concurrit in successione avi (*L.* 1 § 4 *ff. de dot. coll.*). Itaque si existat neptis, quae dotem accepit, item nepos ex eodem parente et patruus, qui concurrunt ad successionem avi, ita instituetur divisio hereditatis et dotis, ut patruus accipiat medietatem hereditatis et dotis, nepos unam quartam, et neptis restantem quartam: quod si vivo patre neptis dotem acceperit, et postea patre mortuo succedat avo, dicendum collationi locum non esse, quia collatio locum habet ex praesumpta voluntate testatoria, quatenus dos detur per modum anticipatae successionis, in qua defunctus creditur voluisse servare aequalitatem inter liberos; jam autem eo tempore quo dos constitueretur, avus dotem dans non erat sane eo animo, ut eadem conferretur per nepotem, quia tunc is credere non debuit neptem sibi successuram, sed filium, cum hic sit ordo mortalitatis, ut primo moriatur avus cui succedat filius, tum filio mortuo succedat nepos vel neptis. Itaque hic nota quod, ut collationi sit locus, requiratur ut res sit data tamquam successuro, quod in casu factum non est; quod moribus nostris adhuc verius est quam jure Romano, siquidem hodie per nuptias dissolvatur patria potestas, et sic non avus, sed pater dotem dare teneatur, et adeo dos ab avo profecta mera niteretur liberalitate.

§ IX.

Quid si mater dotem acceperit, et praemoriatur avo, an nepotes ex ipsa avo succedentes debeant conferre dotem, quam mater eorum accepit? Et si dos ad nepotes pervenerit, sane tenebuntur (*L.* 19 *eod. h. t.*); nec facit quod ipsi dotem non acceperint, neque etiam quod verosimiliter cogitatum fuerit tempore dotis constitutae quod avo succederent; nam non ex suo capite, sed ex capite matris ad collationem tenentur, et quamvis avus dotem constituens non esset eo animo, ut per nepotes conferretur, sed per matrem, equidem tempore quo dotem constituerat, eam per aliquem conferri voluit: aliud erat in § *praeced.*, ibi enim dos data fuit eo animo, ut per neminem conferretur. Quod si mater dilapidaverit, ita ut ad nepotes non pervenerit, plurimi distinguunt utrum nepotes sint matris heredes, necne; nobis autem verius videtur indistincte dotem a nepotibus non esse conferendam, nisi, casu quo sint heredes matris, tantumdem inveniant in successione matris ex aliis bonis

quantum efficit quantitas dotis. Haec sententia probatur ex *L.* 2 § 2 *ff. de collat.*, in qua dicitur collationem esse faciendam boni viri arbitratu; vir autem bonus arbitraturus esset ea tantum esse conferenda, quae adhuc extant, vel dolo aut culpa extare desierunt; in casu autem dos nepotum culpa aut dolo non potuit desiisse extare, utpote ad quos nunquam pervenit.

Obj. Si mater successisset avo, illa debuisset conferre dotem; ergo, inferunt, et liberi ex ea, utpote tamquam heredes personam ejus repraesentantes. ℟. Nepotes avo non succedunt ex capite matris, aut tamquam repraesentantes personam ejus, sed jure suo, tamquam a lege ad successionem vocati.

Nec dicatur nepotes avo succedere jure repraesentationis, seu tamquam repraesentantes personam matris; nam duplex est repraesentatio, alia personae, per quam heres repraesentat personam defuncti, alia gradus et loci cum jure ad eamdem portionem, et per hanc nepotes admittuntur ad successionem avi, non tamquam repraesentantes personam matris, sed gradum ejus.

Obj. Debent habere portionem, quam mater habuisset; mater autem habuisset portionem diminutam quantitate dotis; ergo, et nepotes tanto minus etiam capere debent. ℟. Nepotes ex successione non habebunt majorem portionem quam mater, sed aequalem; in supposito enim quod cum ipsis concurrat unus avunculus, ex hereditate avita omnes nepotes simul habebunt dimidiam partem, ut mater habuisset; mater quidem minus percepisset, sed hoc non vi successionis, sed vi collationis ad quam tenebatur, non autem liberi, qui dotem illam nunquam habuerunt.

Obj. Absurdum videtur plus noceri per remotiores, quam per proximiores. ℟. Hoc verum esset, si plus haberent vi successionis; sed in casu illud plus non habent vi successionis, sed propterea quod collationi faciendae obstricti non sint, ad quam mater erat obstricta.

Obj. Collatio est onus successionis; ergo ad eam tenentur nepotes. ℟. Hoc dicit Huberus, sed errat; collatio est onus succedentis, non successionis, ita ut sit tantum onus quoddam, quod supervenit post successionem acquisitam, quod sic probatur: si filius, qui ad conferendum tenebatur, sit scriptus heres, ei substitutus datus, et filius repudiet, substitutus adiens ex substitutione ad collationem non tenebitur.

Obstare nequit *L.* 19 *eod. h. t.*, quia in illa imperator decidit casum specialem, in quo supponit terminos habiles ad collationem: scilicet ante illam legem existebat alia, ex qua cautum erat, ut nepotes cum avunculis concurrentes dotem conferre deberent; ex illa lege plurimi deducebant nepotes collationi non esse obnoxios, quando concurrerent cum patruis, quod dubium tollit imperator constituendo quod et hoc casu ad conferendum teneantur.

§ X.

Quid si, ut in pluribus locis obtinet, receptum sit, ut filia, dote accepta, removeatur a successione paterna, pater autem filiam, cui dotem dederat, heredem instituat, an haec filia conferre debebit dotem acceptam? Hoc negat Vinnius; contraria tamen sententia nobis verior videtur: primo ex *Nov.* 18 *cap.* 6, in qua imperator constituit ut in successione testamentaria collationi semper locus esset, nisi testator eam expressim prohibuisset; secundo, absurdum videretur, ut filia a consuetudine exclusa melioris esset conditionis quam alii liberi, quando pater eam ad hereditatem vocaret.

Obj. quod filia exclusa per statutum debeat haberi pro extranea, et adeo ad collationem non teneri. ℟. Filia illa pro extranea haberi non debet, et econtra credendum patrem vocasse eam ad successionem ut filiam, non quasi extraneam.

Obj. Dos datur per modum anticipatae successionis; jam autem eo sensu non potest dos data censeri, cum filia per statutum a successione sit exclusa. ℟. Praesumendum quod eo tempore, quo pater dotem dabat, jam inde intentionis esset filiam instituendi; atque adeo per modum anticipatae successionis dos data videri potest.

Obj. *L.* 10 *cod. h. t.*, in qua dicitur: *a patre verbis precoriis in codicillis relictum extero jure capiens filio ad collationem dotis urgeri non potest.* ℟. Haec lex agit de collatione juris veteris, quo collationi locus non erat in successione testamentaria, sed in legitima tantum; unde hoc ibidem vult imperator quod, si filia ex testamento succedat, collationi obnoxia non sit.

§ XI.

An ipsae res in specie conferendae sunt, an vero collationi satisfiat conferendo aestimationem? Et dicendum defungi aestimationem conferendo, ut in *L.* 1 § 12 *ff. h. t.*, ubi dicitur: *sed etsi tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est emancipatum satis contulisse videri*; dicit ergo quod defungatur tanto minus capiendo ex hereditate; non ipsas itaque res in specie conferre debet, sed defungitur conferendo aestimationem; et revera quid interest, an tanto minus capiat, an vero aestimationem conferat? Idem et clarius probant verba sequentia *ejusd. L.*: *idem etsi nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum remve aliam dederit pro portione bonorum quae conferre debuit*; si alias res dare possit, quanto magis aestimationem. Et hoc ipsum ratio juris

Digitized by Google

exigit; collatio enim introducta est ad habendam aequalitatem inter liberos, haec autem aequalitas etiam servabitur aestimationem conferendo; poterunt igitur liberi res a parentibus datas retinere, modo earum aestimationem conferant, et sane, cum enim ex voluntate parentum illas res jam possideant, io illis videntur plus juris habere quam alii liberi.

Obj. Per collationem res in hereditatem inferuntur ut dividantur. R/. Hoc ideo ut servetur aequalitas; jam autem aeque servabitur aequalitas aestimationem conferendo, ac conferendo ipsas res.

Obj. quod, si res pereat, collationi locus non sit; jam autem eidem locus esset, si filius defungeretur praestando aestimationem, exemplo ejus qui debet Stichum vel Pamphilum, Sticho mortuo, ad Pamphilum tenetor; et adeo nocivum esset conferenti, si posset conferre aestimationem. R/. Disparitas est, quod in casu objecto obligatio sit alternativa, in qua una re pereunte, altera adhuc remanet in obligatione; sed in casu filius non est obligatus alternative vel ad rem, vel ad aestimationem, sed determinate ad rem, ita ut aestimatio tantum sit in solutione, non vero in obligatione, ut adhuc saepius io jure nostro contingit, v. g. in actione noxali remedio *L. 2 cod. de rescindenda vend. etc.*

§ XII.

Itaque collatio fit vel res ipsas conferendo, vel aestimationem, seu tanto minus capiendo: potest quoque fieri collatio praestando cautionem, qua cavetur de restituendo eo, quod plus aliis acceptum est.

§ XIII.

Cessat collatio quoties deest unum ex requisitis, de quibus diximus: sed quid si filius vivo patre conferre promiserit, an cogi poterit ad conferendum, etiamsi succedere nolit? R/. negative; quia omnis collatio praesupponit successionem, et ita obligationi inest conditio *si succedam.*

TITULUS VII.

DE DOTIS COLLATIONE.

De hac collatione sufficienter diximus *tit. praec.*

TITULUS VIII.

DE CONJUNGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EJUS.

Cum jure *XII. Tabb* ,ut diximus *tit.* x *hujus lib.*, emancipati non succederent, Julianus hoc correxit constituendo, ut si quis filium emancipaverit, retentis in potestate nepotibus ex eo, filius cum liberis suis in successione avi concurreret, ita ut filius unam medietatem, et liberi ex eo aliam medietatem haberent.

TITULUS IX.

DE VENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO ET CURATORE EJUS.

Sicuti jam nati, ita et illi, qui adhuc sunt in utero, in possessionem a praetore mittuntur.

TITULUS X.

DE CARBONIANO EDICTO.

Hoc edicto cavetur ut, si filii impuberis quaestio status moveatur, quasi non esset filius legitimus, interim ali et educari debeat ex bonis patris, dilata in tempus pubertatis status quaestione.

TITULUS XI.

DE BONORUM POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS.

Sub hoc titulo dat praetor bonorum possessionem scriptis heredibus in testamento irrito facto per minimam capitis diminutionem, modo testator sui juris postea factus declaraverit se velle mori in eadem voluntate. Item heredibus sub conditione scriptis, modo caveant iis quorum interest si conditio deficiat etc.

TITULUS XII.

SI A PARENTE QUIS MANUMISSUS SIT.

Datur haec bonorum possessio parenti praeterito in testamento filii a se emancipati.

TITULUS XIII.

DE BONORUM POSSESSIONE EX TESTAMENTO MILITIS.

Datur bonorum possessio ex testamento militis, quocumque modo factum sit, dummodo de ejus voluntate constet.

TITULUS XIV.

DE JURE PATRONATUS.

Patrono in testamento liberti praeterito datur possessio bonorum contra tabulas in mediam partem totius hereditatis.

TITULUS XV.

DE OBSEQUIIS PARENTIBUS ET PATRONIS PRAESTANDIS.

Inscriptio hujus tituli satis indicat quid sub eo habeatur.

LIBER TRIGESIMUSOCTAVUS

—

TITULUS I.

DE OPERIS LIBERTORUM.

Exhibet hic titulus obligationes libertorum erga patronos.

TITULUS II.

DE BONIS LIBERTORUM.

L. XII. tabb. patroni libertis intestatis succedebant. Praetor tantum eos admisit pro media parte beredit atis. Justinianus eos exclusit casu, quo liberti libe ros haberent.

TITULUS III.

DE LIBERTIS UNIVERSITATIS.

Quae diximus *tit. praeced.* applicanda sunt libertis universitatum.

TITULUS IV.

DE ASSIGNANDIS LIBERTIS.

Jus patronatus transibat in omnes liberos patroni in potestate existentes tempore mortis; poterat tamen pater uni ex illis jus patronatus assignare.

TITULUS V.

SI QUID IN FRAUDEM PATRONI FACTUM SIT.

Lege Faviana revocabantur ea, quae libertus alienasset, ut defraudaret patronum parte sibi legibus adscripta, casu quo libertus testamentum condidisset: quod si servus intestatus moreretur, et alienasset in fraudem partis, quae patrono obveniebat ab intestato, ea revocabantur per legem Calvisianam.

TITULUS VI.

SI TABULAE TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT, UNDE LIBERI.

Agit praetor sub hoc titulo et sequentibus de bonorum possessionibus, quae dantur ab intestato: harum prima est, quae datur liberis sive suis sive emancipatis: emancipatis omnino necessaria erat, quia per *L. XII. tabb.* arcebantur a successione parentum: suis autem necessaria non erat, sed tantum utilis, ut scilicet cogerent emancipatos ad collationem.

TITULUS VII.

UNDE LEGITIMI.

Haec bonorum possessio datur agnatis; verum haec erat inutilis, eum jam vocarentur per *L. XII. tabb.*; sed quoniam praetori propositum fuerat nullum ordinem succedendi derelinquere, ideo de illis hic agit.

TITULUS VIII.

UNDE COGNATI.

Cognatis haec competit bonorum possessio, et erat necessaria, si quidem, ut vidimus, per *L. XII tabb.* non vocarentur.

TITULUS IX.

DE SUCCESSORIO EDICTO.

Cum *L. XII. tabb.* successio agnatorum tantum semel deferretur, ita ut si gradu proximior eam repudiaret, non sequenti in gradu, sed fisco cederet, duritiem hujus legis hic corrigit praetor, et ita, uno repudiante, sequentem in gradu admittit.

TITULUS X.

DE GRADIBUS ET AFFINIBUS ET NOMINIBUS EORUM.

Sub hoc titulo agitur de gradibus proximitatis, et quomodo jure veteri numerarentur, habita ratione distinctionis inter agnatos et cognatos.

TITULUS XI.

UNDE VIR ET UXOR.

Deficientibus cognatis et agnatis, ultimo loco praetor vocat ad successionem conjuges, modo usque ad mortem matrimonium duraverit.

TITULUS XII.

DE VETERANORUM ET MILITUM SUCCESSIONE.

Duo privilegia hic militibus tributa sunt: primum est ut, quamvis ex delicto militari servi poenae effecti sint, possint nihilominus condere testamentum: secundum est ut, si intestati decessering, agnati et cognati eorum usque ad quintum gradum fiscum excluderent.

TITULUS XIII.

QUIBUS NON COMPETIT BONORUM POSSESSIO.

Sicuti jure civili eripitur ab indignis hoereditas, ita et iis praetor denegat bonorum possessionem.

TITULUS XIV.

UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS BONORUM POSSESSIO DETUR.

Sub hoc titulo jubet praetor ut observentur ea, quae, praeter bonorum possessiones a se introductas, in senatusconsultis introducta sunt.

TITULUS XV.

QUIS ORDO IN POSSESSIONIBUS SERVETUR.

In bonorum possessionibus decernendis servatur ordo cognationis aut agnationis.

TITULUS XVI.

DE SUIS ET LEGITIMIS HEREDIBUS.

Traduntur sub hoc titulo differentiae inter heredes suos et legitimos, quas repete ex Heineccii Recitationibus.

TITULUS XVII.

AD SENATUS CONSULTUM TERTYLLIANUM ET ORPHITIANUM.

Jam diximus patrem et matrem, utpote, cum nec in ordine legitimorum heredum, nec agnatorum in *L. XII. tabb.* referrentur, exeludi a successione liberorum, verum hoc corrigitur sub hoc titulo, sicut senatusconsulto Tertylliano vocetur mater ad successionem liberorum ab intestato, senatusconsulto autem Orphitiano vocentur liberi ad successionem matris intestatae, quia antea liberi matri non succedebant, sed excludebantur ab agnatis: in his senatusconsultis non vocatur pater ad successionem liberorum, sed postea ad eam vocatus fuit per Justinianum in *L. ult. cod. de emancip. liber.*

AD NOVELLAM 118.

DE SUCCESSIONIBUS AB INTESTATO.

Imperator Justinianus in hac Novella omnes veteres leges successionum ab intestato, de quibus his duobus ultimis libris pauca tradidimus, penitus abrogavit, ita ut, quoties de successione ab intestato ageretur, antiquae illae leges nullatenus essent attendendae, sed unice haec Novella, modo per consequentiam etiam remotissimam decisiones casuum obvenientium ex ea erui possent; itaque illam Novellam, utpote scitu utilissimam, ex professo exponemus, et quidem videbimus.

§ I. Quo ordine vocentur descendentes, ascendentes, et collaterales, sublata differentia inter suos et emancipatos.
§ II. De tribus modis succedendi, in capita, in stirpes, et in lineas.
§ III. Quomodo succedunt descendentes.
§ IV. De liberis ex diversis matrimoniis.
§ V. De successione ascendentium.
§ VI. Si quis habens peculium adventitium regulare moriatur relicto patre et matre, an mater succedet in dimidia parte ususfructus hujus peculii.
§ VII. An fratres germani excludunt avos a successione fratris sui.
§ VIII. An fratres unilaterales etiam admittuntur ad successionem cum ascendentibus.
§ IX. An nepotes ex fratre germano praemortuo soli existentes concurrunt cum ascendentibus.
§ X. De successione collateralium.
§ XI. An filii ex fratribus germanis excludunt fratres unilaterales.
§ XII. De successione fratrum unilateralium.
§ XIII. Nullo existente fratre, sed tantum nepotibus ex iis praemortuis, an illi succedant in capita, an in stirpes.
§ XIV. An filii fratrum unilateralium etiam gaudent jure repraesentationis.
§ XV. De successione collateralium deficientibus fratribus.
§ XVI. De successione conjugum.
§ XVII. De successione fisci.

§ I.

Imperator in *Nov.* 118 tres ordines succedentium statuit, scilicet descendentium, ascendentium et collateralium: primo ordine vocavit descendentes, quos in universum praetulit ordini ascendentium; secundo ordine vocavit ascendentes, quos praetulit collateralibus, exceptis fratribus germanis et eorum liberis primi gradus; tertio ordine vocavit collaterales. Porro imperator sustulit omnes differentias, quae olim intercedebant inter suos et emancipatos, cognatos et agnatos, ita ut illos omnes juxta gradus praerogativam ad successionem admittat: ne tamen inferas post hanc Novellam emancipatos ipso jure acquirere hereditatem; remansit enim haec differentia, quod sui ipso jure, emancipati per aditionem hereditatem acquirant, quia Justinianus differentias inter eos tantum sustulit quoad ordinem succedendi, non vero quoad modum.

§ II.

Juxta hanc Novellam tres sunt modi succedendi, nempe: in capita, quando quis succedit jure suo; in stirpes, quando succeditur jure repraesentationis; et in lineas, quando successio fit ex or-

dine ascendentium, ita ut aeque tribuatur lineae paternae quam maternae.

§ III.

Descendentes succedunt in stirpes, seu jure repraesentationis: haec tamen repraesentatio non est repraesentatio personae, sed gradus et loci; hinc si quis habeat filium, et ex altero filio mortuo tres nepotes, hi nepotes simul cum patrue suo ad successionem avi admittentur, ita ut hereditas dividatur non secundum numerum personarum sive in quatuor partes, sed in duas, ut nempe filius habeat unam medietatem, et tres nepotes aliam.

Sed quid si filius ille habeat nepotes ex se, et repudiet hereditatem paternam, quis tali casu admittetur ad successionem paternam? ℟. Soli nepotes ex filio mortuo, exclusis nepotibus ex filio vivo, quia nepotes ex filio mortuo, quamvis naturaliter sint in secundo gradu, tamen per jus repraesentationis sunt constituti in locum et gradum patris sui, et ita primum gradum occupant; sed nepotes ex filio vivo tantum sunt in secundo gradu, imprimis enim in eo sunt naturaliter, dein etiam civiliter in eodem manent, quatenus non gaudent jure repraesentationis; tantum enim mortui potest haberi gradus et loci repraesentatio, non etiam viventis, cum hic adhuc gradum suum occupet, et ita nepotes ex filio mortuo, tamquam proximiores, excludunt nepotes ex filio vivo, utpote remotiores.

Ex eadem ratione, si quis habeat duos filios vivos, ex quorum primo unus, ex altero tres existunt nepotes, uterque filius ad successionem aequaliter admittetur, aut uno repudiante alter solus admittetur; sed si uterque repudiet, admittentur nepotes, quia tunc primus gradus erit evacuatus, et adeo ad secundum debebit fieri transitus. Ast isti nepotes ad successionem admissi non succedent in stirpes, sed in capita, id est secundum numerum personarum fiet divisio hereditatis, adeo ut quilibet eorum consecuturus sit unam quartam totius hereditatis, quia jam non succedunt jure repraesentationis, sed jure proprio. Aliud est, si quis haberet duos filios praedefunctos, et ex uno daretur unus nepos, ex altero tres, tunc enim hi succederent in stirpes et non in capita, quia, cum parentes eorum sint mortui, fit locus juri repraesentationis, et adeo accipere debent portionem, quam parentes eorum respective accepissent.

§ IV.

Sciendum liberos indistincte parenti succedere, sive ex eodem, sive ex diversis matrimoniis nati sint; unde si quis ex primo matrimonio habeat unum filium, ex altero tres, hi omnes filii aequaliter patri succedunt; si tamen parens binubus aliquid acquisivisset titulo lucrativo a prima conjuge, vel a liberis prioris thori, haec bona sibi vindicabunt illi liberi ex primo matrimonio, quia a momento contracti secundi matrimonii conjux binubus eorum proprietatem amittit, retento solo usufructu, et eorum proprietas addicitur liberis prioris matrimonii, atque ita in illis succedere non possunt liberi secundi matrimonii.

§ V.

Nullis extantibus descendentibus, secundo ordine vocantur ascendentes, secundum gradus praerogativam, ita ut proximior excludat remotiorem: jus repraesentationis in hoc ordine locum non habet; quia non sicuti descendens potest repraesentare ascendentem, ita ascendens repraesentare posset descendentem, secundum naturam enim est ut ascendens descendenti praemoriatur.

Si plures sint personae ejusdem gradus, et a diverso latere, omnes quidem admittentur, sed ie lineas, hoc est illis qui sunt ex linea paterna tantum tribuitur, quam illis qui sunt de linea materna, idque sine distinctione undenam bona veniant, ita ut jure Romano incognita sit regula *paterna paternis, materna maternis* moribus pluribus in locis usitata; hinc si quis decedat, relicto patre, avo et avia materna, solus pater admittetur, tamquam gradu proximior, excluso avo et avia; si autem quis reliquerit avum paternum, avum et aviam maternam, omnes quidem admittentur, sed ita, ut avus paternus solus tantum habeat, quantum habebunt avus et avia materna.

§ VI.

Si quis habens peculium adventitium regulare, hoc est, in quo pater habet usumfructum et filius proprietatem, moriatur relicto patre et matre qui aequaliter filio succedere debent, an mater etiam consequuntur usumfructum in dimidia parte peculii adventitii, quae sibi ex successione filii obvenit? Et verius est eam non consequi usumfructum in illa parte, quamdiu pater vivit; ratio est, quod successio nihil immutet in juribus antea acquisitis, ut constat ex *L.* 5 *cod. ad senat. consult. Tertull.*; ubi simile exemplum profertur; jam autem patri ususfructus in illo peculio plene fuit acquisitus in vita filii, et consequenter, superveniente successione ejus, debet eum retinere. Praeterea imperator constituit, ut pater et mater filio succedentes ex successione ejus aequalem portionem consequantur; jam autem si mater consequeretur mediam partem ususfructus in peculio adventitie, plus quam mediam partem successionis filii consequeretur, nam successionem considerare debemus abstractim ab usufructu, utpote qui, adhuc vivente filio, totus patris erat.

Obs. Pater acquirit usumfructum in peculio ad-

ventitio jure patriae potestatis; haec autem morte filii expirat; atque adeo debet finire ususfructus. ℟. In jure inauditum est per mortem proprietarii finire usumfructum: dein si ita esset in casu deberet quoque pater amittere per mortem filii omnia, quae filius per peculium profectitium acquisivit, quae eodem jure patriae potestatis patri adjudicantur. Verum quidem est, quod morte filii finiatur causa, ex qua pater usumfructum acquisiverat, sed exinde non sequitur eum debere amittere usumfructum; nam quod dicitur, cessare effectum cum causa cessat, hoc intelligendum est de causa, cujus effectus nondum positus est: hic autem effectus plene positus est, cum ususfructus, filio adhuc vivo, patri acquisitus fuerit.

Obj. Si filius esset emancipatus, mater non tantum haberet medietatem proprietatis, sed et etiam dimidiam partem ususfructus; atqui imperator sustulit omnes differentias inter suos et emancipatos; ex eo inferunt, matrem ad medietatem ususfructus admitti debere. ℟. Ubi filius est emancipatus, in ejus successione reperitur ususfructus, qui consequenter debet dividi inter patrem et matrem; sed quando est suus, ususfructus non est in ejus successione, siquidem tunc sit apud patrem: quod autem Justinianus emancipatos suis aequaverit, hoc fecit ut emancipati succedere possent, non autem ut auferret jus patriae potestatis patri competens.

Obj. Si cum patre et matre concurrat aliquis frater germanus, tunc pater non retinet usumfructum in peculio adventitio filii jam mortui. ℟. Si hoc verum esset, certe sequeretur nec in nostro casu posse patrem retinere usumfructum, praesertim, cum potior debeat esse causa matris quam fratris. Sed assumptum illud falsum esse mox demonstrabimus, at prius ostendenda est causa erroris contrariae sententiae fautorum. Illi scilicet crediderunt suam sententiam manifeste decisam esse in *Nov.* 118 *cap.* 2 *circa medium*, ubi imperator cum ascendentibus ad successionem simul admittit fratres germanos et ait, ***nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare***; hoc est, quod tali casu non possit pater sibi usumfructum vindicare; his verbis putaverunt decisum esse patrem amittere usumfructum; sed infaustis avibus, ut facile ex sequentibus apparebit, scilicet non est ille sensus verborum imperatoris quem illi praetendunt, sed hic est, quod si filius ille moriens aliquas res relinquat, in quibus patri ususfructus acquisitus non erat, uti contingit, si habeat bona castrensia vel quasi castrensia, vel peculium adventitium irregulare; tunc pater huic succedens una cum altero filio in potestate existente aequalem portionem capiet ex successione filii mortui, sic tamen ut quamvis pars horum bonorum apud alium filium incipiat esse peculii adventitii regularis, non habeat pater in illis usumfructum, uti ordinarie habet in peculio adventitio regulari: hanc interpretationem satis insinuant praedicta verba, dicit enim imperator *ex filiorum portione valente patre vindicare*; debebat ergo illa ususfructus existere in portione, ut ex ea posset vindicari; jam autem quando patri in vita filii acquisitus est ususfructus, tunc non existit in successione, sed apud patrem; et adeo nequit ex portione vindicari.

§ VII.

Imperator ordinem ascendentium praetulit omnibus collateralibus, exceptis tamen fratribus et sororibus germanis et nepotibus ex iis: de his tamen aliqui dubitant, ut in sequentibus dicemus. Verum hic alia quaestio oritur: certi juris est fratres germanos concurrere ad successionem fratris cum patre et matre; verum quaeritur an fratres excludant ascendentes ulterioris gradus? Hoc vult Voëtius, sed invita juris ratione: contrarium manifeste probat *Nov.* 118 *loc. cit.*, ubi imperator ait: ***si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur***; jam autem juxta *L.* 92 *ff. de verb. sign.*, proximus dicitur quem nemo antecedit, quod praesertim locum habet in successionibus; ex quo sequitur, patre et matre defunctis, cum jam avus et avia sint proximi gradu ascendentes, non posse fratres germanos eos excludere. Deinde ex speciali tantum privilegio imperator fratres germanos cum ascendentibus admisit, alias enim in universum ordinem ascendentium praetulerat collateralibus; non debet autem eis plus concedi quam imperator expressit, jam autem tantum concessit ut concurrant cum ascendentibus; non debet ergo eis concedi potestas eos excludendi.

Obj. verba *d. Nov.*, ***si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur: si autem pater aut mater fuerint.***

Ergo, dicunt, si fuerit avus aut avia, eos excludent fratres germani. ℟. Hic, loco *si autem* legendum *etsi*, ut habetur in originali graeco; omnes enim Novellae, exceptis aliquibus, primum fuerunt editae in lingua graeca, nec mirum, cum imperator sedem imperii Constantinopoli in Graecia fixisset: et revera hanc correctionem contextus illius Novellae exigit, nam alias, quod adversarii inferunt ex illa Novella, minime sequeretur, sed sequeretur quod fratres germani tantum admittantur cum patre vel matre, excluderentur autem ab ulterioris gradus ascendentibus, etenim fratres germani tantum ex speciali privilegio cum ascendentibus sunt admissi; si ergo relinquatur textus prout jacet, tantum admitti possent cum patre et matre, et non cum avo et avia, quod, cum omnes

Digitized by Google

admittant esse falsum, non est haesitandum in correctione illa facienda.

Obj. quod idem jus tributum sit fratri germano quod patri et matri; jam autem pater et mater excludunt avum et aviam: ex quo inferunt fratrem germanum debere excludere avum et aviam. Ꝗ. Assumptum non est omni sensu verum, scilicet, imperator non simpliciter concessit fratri germano idem jus quod patri aut matri, sed idem jus, quod proximis gradu ascendentibus competit, sic enim ait *cum proximis gradu ascendentibus;* jam autem ubi non existit pater aut mater, proximi gradu ascendentes sunt avus et avia: ergo in eum casum imperator fratri germano tantum concessit idem jus, quod competit avo et aviae, atque adeo cum illis concurrere debet.

Obj. quod in nostra interpretatione aliquando plus noceretur per remotiores quam per proximiores: ponamus, dicunt, quod existat pater et mater, item frater germanus, tali casu, frater germanus haberet unam tertiam hereditatis: ponamus jam quod existat avus et avia paterni, avus et avia materni, et frater germanus, tali casu, frater germanus tantum habebit unam quintam totius hereditatis, si cum iis concurrat. Ꝗ. Imprimis essus ille sat raro continget, leges autem ad casus similes attendere non solent: dein frater tantum cum ascendentibus admittitur ex speciali favore, ex eo ergo quod hoc casu minus consequeretur, non deberet conqueri: tandem, non credimus in casu obiecto talem instituendam divisionem, sed fratrem eodem modo, quo in priori supposito, habiturum unam tertiam; opinionem nostram fundamus in eo, quod alias, propter concursum fratris, portiones hereditariae nimium variarent; cum enim certi juris sit, quod si quis decedat relicto avo paterno, avo et avia materna, non concurrente fratre germano, hereditas dividatur in duas partes aequales, ita ut unam capiat avus paternus, alteram avus et avia materni simul, adeo ut hic avus et avia materni veniant per modum unius, quare, quaeso, concurrente jam fratre germano, quotitas portionum in ascendentibus immutaretur, quod tamen contingeret in sententia adversariorum, etenim juxta ipsos hereditas hoc casu dividenda foret in quatuor partes, ita ut avus paternus solus non aeque haberet ac avus et avia materni simul.

Sed obstant verba *d. Nov.*; dicunt enim*: dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem* ; ex quibus inferunt, quod ubi frater germanus concurrit cum ascendentibus, hereditas sit dividenda secundum personarum numerum, ut quisque virilem capiat portionem. Ꝗ. Dicimus haec verba tantum pertinere ad casum, quo fratres germani concurrunt cum patre et matre; de hoc enim casu proxime egerat imperator in verbis antecedentibus, et haec sunt *etsi pater aut mater fuerint :* in eo autem casu hoc verum est, et ad eum solum casum haec verba pertinere, evidenter probatur ex verbis sequentibus: *nullum usum ex filiorum et filiarum portione valente patre sibi penitus vindicare;* agebat ergo de casu, quo fratres germani concurrebant cum patre, et non cum avo vel avia.

§ VIII.

Quamvis fratres germani admittantur cum ascendentibus ad successionem, non tamen admittuntur fratres unilaterales, sive consanguinei, aut uterini; hunc enim favorem imperator tantum concessit fratribus germanis, quos solos ex ordine collateralium admisit cum ascendentibus, in tantum quidem, ut nequidem nepotes ex fratre germano praemortuo, juxta *Nov.* 118, ad successionem cum ascendentibus admiserit, imo eos expresse exclusit, quamvis illis concursum permiserit cum suis thiis: hoc ita statuerat Justinianus in *d. Nov.* 118 *cap.* 3, sed id immutavit in *Nov.* 127, ibidem scilicet statuit, quod nepotes ex fratre praemortuo concurrerent cum ascendentibus, casu quo esset aliquis frater germanus superstes.

§ IX.

Sed illud valde controvertitur, an etiam nepotes ex fratre germano praemortuo concurrant cum ascendentibus, casu quo nullus supersit frater germanus? Et probabilius est, eos etiam in hunc casum imperatorem voluisse ad successionem una cum ascendentibus admitti; ita ut hoc ipso quo imperator constituit, ut sint admittendi quando existit aliquis frater germanus superstes, etiam intellexerit eos admittendos quando soli existentes concurrunt cum ascendentibus. Imprimis enim non apparet ratio cur imperator eos potius voluisset admitti quando concurrit frater germanus, quam ubi soli existentes concurrunt cum ascendentibus, tanto magis quod imperator fateatur se errore lapsum in *Nov.* 118: ille autem error in alio consistere non poterat, quam quod nepotibus ex fratre germano concesserit jus repraesentationis, ut possent concurrere cum suis thiis, et tamen hoc jus eis denegasset ubi, praeter fratres germanos superstites, existit aliquis ascendens: qua autem ratione imperator motus fuit, ut eos admitteret quando existit frater germanus, eadem moveri debuit quando soli existentes concurrunt cum ascendentibus, ita ut imperator in hoc casu ipsis denegans jus repraesentationis similiter ex eadem causa erraverit; atqui tamen imperator in *Nov.* 127 *in praef. et cap.* 1 aperte dicit se velle corrigere errorem, quem in *Nov.* 118 *cap.* 3 commiserat; ergo ille etiam voluit corrigere illum errorem in casu nostro: scilicet Justinianus in *Nov.* 118 nepotibus ex fratre

Digitized by Google

germano expresse denegaverat jus repraesentationis in casu, quo eum ascendentibus concurreret aliquis frater germanus, ex quo quidem sequebatur per consequentiam, quod illud jus non haberent, quando soli existentes concurrerent cum ascendentibus, sed tamen de hoc ultimo casu nihil expresse statuerat: unde sufficiebat imperatorem in *Nov.* 127 nepotibus restituere jus repraesentationis in eum casum, quem expresserat in *Nov.* 118, ut per consequentiam etiam eis restitutum videretur in nostro casu.

Obj. quod imperator in *Nov.* 118 nepotes ex fratre germano excluserit in utrumque casum, in *Nov.* autem 127 tantum eos vocat in casum, quo aliquis frater germanus cum ascendentibus concurrat, atque adeo in alterum casum, quo scilicet soli existunt, debent manere exclusi. ℟. Quamvis in *Nov.* 127 ipsos expresse non vocet in alterum casum, tacite tamen ipsos etiam in hunc casum vocat, hoc ipso quo eos vocat in eum casum, quo expresse ipsos excluserat, alter enim casus ex eo tantum per consequentiam eruebatur; sublato itaque assumpto, corruit et consequentia.

Obj. Juri veteri tamdiu standum est, quamdiu non est expresse correctum; imperator autem in *Nov.* 127 tantum admittit nepotes ex fratre germano eum ascendentibus, ubi concurrit aliquis frater germanus superstes; ex quo, inferunt, eos manere exclusos in nostro casu. ℟. Per *Nov.* 118 nepotes ex fratre germano praemortuo in nostro casu non erant expresse exclusi, sed tantum tacite, et per consequentiam ejus, quod statuerat in casu quo concurreret aliquis frater germanus superstes; non debuit itaque imperator id expresse corrigere in *Nov.* 127, sed sufficiebat quod corrigeret casum expressum in *d. Nov.* 118, ut hoc ipso videretur correxisse alterum casum, qui ex primo casu eruebatur. Quod autem dicitur juri veteri tamdiu standum, quamdiu non est expressa correctum, hoc ita verum est, si extet expressa constitutio in contrarium, qualis non extat pro nostro casu; de casu enim quo nepotes soli existentes concurrunt cum ascendentibus, nulla fit mentio in tota *Nov.* 118.

Obj. Quamvis in casu nepotibus ex fratre germano competeret jus repraesentationis, illud non esset sufficiens, ut cum ascendentibus possent concurrere, quia per jus repraesentationis tantum subintratur in locum et gradum patris sui; jam autem illa gradus et locus de se non est sufficiens, ut cum ascendentibus admittatur, cum imperator fratribus germanis speciali lege concesserit, ut cum ascendentibus concurrere valeant. ℟. In casu jus repraesentationis sufficere clare probatur exinde, quod imperator expresse nepotibus ex fratre germano deneget jus repraesentationis in *Nov.* 118, ne cum ascendentibus concurrant; inepte autem illud jus ipsis denegasset in hunc finem, si jus repraesentationis non suffecisset; cum igitur illud jus repraesentationis illis tribuat in *Nov.* 127, dicendum imperatorem hoc ideo fecisse, ut cum ascendentibus admitterentur.

§ X.

Post ascendentes admittuntur collaterales: inter hos autem primo loco vocantur fratres et sorores germanae, qui praeferuntur unilateralibus jure duplicis vinculi. Quod si extent nepotes ex fratre germano praemortuo, jure repraesentationis cum patruis admittuntur ad exclusionem fratrum unilateralium.

§ XI.

Hac occasione quaeritur, an filii fratrum germanorum, si soli sint, hoc est si nullus detur patruus superstes, excludant fratres unilaterales. ℟. affirmative; sed quo jure, an jure repraesentationis, an jure duplicis vinculi? Hoc posterius vult Voëtius, ast non recte; imperator enim in *Nov.* 118 *cap.* 3 nepotes ex fratre germano ad successionem vocans eum exclusione unilateralium id constituit per modum consequentiae ejus, quod in praecedentibus statuerat, scilicet ante versum *unde consequens est* tres versus praemiserat: in primo, ad successionem vocat fratres germanos, quos praefert unilateralibus; in secundo, fratribus germanis deficientibus, ad successionem vocat unilaterales; tum in tertio, nepotes ex fratre germano praemortuo jure repraesentationis vocat una eum patruis suis; sane illam consequentiam, quam colligit in versu *unde consequens est*, non potest deducere ex duobus prioribus versiculis; restat ergo ut illam deducat ex tertio; jam autem in tertio nepotibus ex fratre germano concedebat jus repraesentationis, ut possent concurrere cum patruis; ergo per consequentiam inde infarens quod excludant unilaterales, intellexit quod eos similiter excludant jure repraesentationis.

Nec hic est nuda quaestio de nomine, sed etiam de affectu juris; si enim nepotes ex fratre germano unilaterales excluderent jure duplicis vinculi, sequeretur quod etiam in illis locis, ubi jus repraesentationis locum non habet in linea collaterali, eos quoque excluderent, ubi si jure repraesentationis tantum eos excludant, cum tunc in illis locis jus repraesentationis non vigeat, unilaterales filios fratris germani excludent.

§ XII.

Si nullus existat frater germanus, neque nepotes ex iis praemortuis, ad successionem vocantur fratres unilaterales una cum nepotibus ex aliis unilateralibus praemortuis, qui jure repraesentationis cum patruis suis admittentur.

Digitized by Google

§ XIII.

Verum quaeritur, quid si nullus existat frater, sed tantum nepotes ex iis, quomodo illi ad successionem admittentur, an in stirpes, an in capita? Hanc quaestionem merito inter juris apices retuleris: et verius est eos in stirpes succedere. Quod probatur ex ipsa *Nov.* 118 *cap.* 3 in versu *inde consequens est*, scilicet immediate ante hunc versum imperator nepotibus ex fratre germano concesserat jus repraesentationis, ut possent concurrere cum suis patruis ad successionem alterius patrui, et in versu *unde consequens est* per consequentiam eruit, quod nepotes excludant fratres unilaterales; sensit itaque imperator nepotes omni casu jure repraesentationis gaudere, alias ejus consequentia non procederet. Etenim in versu *si autem* vel intelligebat se in omnem casum concedere jus repraesentationis nepotibus, vel in hunc solum casum, vel in aliquos tantum casus: quod si in istum tantum casum jus repraesentationis concederet, per consequentiam inferre non poterat, quod illi nepotes excluderent fratres unilaterales: quod si in aliquos tantum casus hoc jus repraesentationis concessisset, exinde consequentia illa deduci non posset, cum tunc non statuisset principium generale, adeoque nihil ex eo deduci poterat; restat ergo ut dicamus imperatorem in omnem casum concessisse jus repraesentationis nepotibus ex fratre, ut possit salva esse consequentia, quam deduxerat.

Voëtius dicit supplendum esse in versu *unde consequens est*, extare aliquem fratrem germanum, qui cum ipsis concurrat, ut ita fratres unilaterales potius per fratrem germanum superstitem possint videri exclusi, quam per nepotes; sed hoc falsum est, cum imperator illam exclusionem attribuerit ipsis nepotibus.

Nec quis dicat imperatorem tantum jus repraesentationis concessisse, ubi periculum erat ne nepotes excluderentur ab aliis, et sic salvam esse consequentiam, quam deducit. Nam id manifesto falsum esse constat ex versu *quandoquidem*, in quo maxime fundatur sententia nostra; imperator enim in illo versu nepotibus ex fratre germano (ex eo quod jus repraesentationis ipsis jam ante tribuisset) attribuit, ut etiam illos excludant, a quibus ipsi excludi non potuissent; scilicet constituit ibidem, ut nepotes ex fratre germano propter jus repraesentationis quod ante dederat, et ad quod etiam provocat, excluderent thios defuncti; atqui tamen periculum non erat ne per thios defuncti excluderentur, cum in eodem gradu cum ipsis sint; non potuit ergo haec esse ratio introducti juris repraesentationis. Dein ex contraria sententia absurdum sequeretur; si enim supponamus existere nepotes ex fratre germano, et fratem unilateralem, nepotes ex fratre germano excludent fratrem unilateralem: si autem supponamus non existere fratrem unilateralem, sed tantum nepotes ex eo, tunc in contraria sententia nepotes ex fratre germano non excludent nepotes ex fratre unilaterali, qui tamen exclusissent parentem ipsorum; sic ergo nepotes ex fratre germano plus juris haberent in concursu proximioris quam remotioris, quod sane absurdum videtur. Insuper supponamus ex fratre germano praemortuo extare unicum nepotem, et alium fratrem germanum superstitem, qui tres nepotes habet, tali casu nepos concurrens cum patruo suo haberet medietatem totius hereditatis: quod si supponamus illum fratrem decessisse, nepos ille in contraria sententia tantum haberet unam quartam, et adeo ille nepos concurrens cum proximiore plus haberet, quam si concurreret cum remotioribus, quod iterum absurdum est.

Obj. quod si imperator generaliter et omni casu voluisset concedere jus repraesentationis, in versu *si autem* non debuisset tot versiculos concipere ad jus illud statuendum, et suffecisset generaliter dicere se nepotibus ex fratre germano concedere jus repraesentationis. ℟. Simile argumentum quidem procederet in legibus Digestorum; ast non ita concludit in legibus Codicis, et praesertim in legibus latis a Justiniano, quem satis constat abundasse copia verborum, ita ut plerumque suas leges multo brevius et clarius concipere potuisset.

Obj. verba ipsius *Nov.* in versu *sed et ipsis*, ubi dicit: *sed et ipsis fratrum filiis, tunc hoc beneficium conferimus, quando eum propriis judicantur thiis masculis et foeminis;* jam autem particula *tunc* est restrictiva; ergo non in omnem casum jus repraesentationis concessum est, sed tunc demum quando cum nepotibus ex fratre germano defuncto concurrit aliquis thius. ℟. Verum quidem est particulam *tunc* esse limitativam, sic tamen ut hic non excludat omnem alium casum, sed eum, quem imperatòr in subsequentibus subjicit, scilicet in mente habebat exceptionem facere, hanc nempe, quod nepotes ex fratre germano cum suis thiis concurrentes jure repraesentationis non gaudeant, si concurrat aliquis ascendens, quod tamen correxit, ut vidimus § *X. huj. tit.*

Obj. verba initialia § 1 *cap.* 3 *d. Nov.* 118, ubi imperator sic loquitur: *si vero neque fratres, neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus;* atqui de casu, quo nepotes soli existerent inter se concurrentes, imperator nihil dixit; ergo illi sunt admittendi in capita et non in stirpes. ℟. Ratio est, quod illae particulae *sicut diximus* hic ambiguae sint, atque adeo in illa significatione accipi debent, quam exigit materia; hactenus enim tantum egerat de fratribus et filiis fratrum, de collateralibus ulterioris gradus

72

necdum egeral; itaque imperator id tantum voluit, quod si non extarent fratres, neque fratrum filii, de quibus haetenus tantum fuerat actum, ulterioris gradus cognati admittereutur secundum gradus proerogativam.

Obj. Imperator nepotibus ex fratre germano cum suis thiis concurreutibus jus repraesentationis concessit, ne ipsi per suos thios excluderentur; jam autem ubi soli sunt, non est periculum ne excludantur. R/. Argumentum illud laborat falso supposito; non enim haec fuit ratio introducti juris repraesentationis, ut in antecedentibus vidimus, sed ratio introductiva juris repraesentationis fuit, ne mors parentis noceat liberis; haec autem ratio etiam exigit, ut nepotes soli existentes succedant in stirpes et non in cap ta; ponamus enim ex uno filio extare unum nepotem, ex altero quinque, si pater hujus unici filii viveret, ille ex hereditate fraterna haberet dimidiam partem, quam postea moriens in suum filium trausmitteret, ubi in contraria sententia, patre suo mortuo, is tantum acquireret unam sextam ex hereditate patrui; sic ergo mors patris ei noceret.

§ XIV.

Diximus qnod, si non extent fratres germani, neque ipsorum filii, tune ad successionem vocentur fratres unilaterales, sic ut si extent filii ex iis, etiam hi jure repraesentationis cum suis patruis admittantur, quod tamen ab aliquibus in dubium vocatur; fundant se in versu *d. Nov. si autem*, ubi habetur *vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis;* ergo, inquiunt, imperator tantum concessit jus repraesentationis filiis fratrum germonorum, et non filiis fratrum unilateralium, quia fratres unilaterales non sunt thii de patre et matre, sed sunt tantum thii de patre, vel de matre. R/. His tamen non obstantibus, non videtur dubitandum quin et hi jure repraesentationis gaudeant; imperator enim primo vocat ad successionem fratres germanos, his deficientibus, vocat fratres unilaterales, tum subjicit quod filii fratrum jure repraesentationis simul cum suis patruis sint admittendi, nec distingnit utrum sint nepotes ex fratre germano, an vero ex fratre unilaterali; itaque credendum id spectare ad utrosque, alias enim imperator id debuisset subjicere antequam de fratribus uterinis sermo esset, si tantum filiis fratrum germanorum jus illud concedere voluisset.

Nec obstat objectio jam allegata; nam ad hanc dicendum, quod haec copulativa in disjunctivam resolvenda sit, ut saepe in jure contingit, scilicet quod imperator ait *cum de patre et matre thiis* accipiendum est, *cum* de patre *vel* matre thiis; et sane impossibile est, ut filius fratris germani habeat thios de patre et matre simul, tunc enim pater et mater ejus deberent descendere ab avo; at revera imperatorem juxta nos intellexisse patet ex seqnentibus, dum sit *cum de patre et matre thiis masculis et foeminis*, haec sane particula *et* est accipienda pro *vel*; igitur etiom, dum ait *cum de patre et matre thiis*, particula *et* est accipienda pro *vel*, est enim idem contextus orationis.

§ XV.

Post fratres et eorum filios primi gradus admittuntur omnes reliqui collaterales secundum gradus praerogativam, ita ut proximior semper excludat remotiorem; ex quo sequitur qood filii fratrum unilateralium excludant nepotes ex fratribus germanis, quia, cum hi non gaudeant jure repraesentationis, filii fratrum unilateralium eos excludunt utpote proximiores; sequitur quoque nepotes ex fratribus unilateralibus concurrere cum nepotibus ex fratre germano, sic quidem, ut non succedant in stirpes, sed in capita.

§ XVI.

Nullis extantibus cognatis praetor vocavit conjuges edicto *unde vir et uxor*; sed jure novo conjuges pauperes cum heredibus concurrunt, et quidem jure proprietatis, si cum agnatis concurrant, jure ususfructus autem, si cum liberis; imo si tres aut pauciores liberi dentur, conjux superstes unam quartam ususfructus totius hereditatis habet; si plures, tantum partis virilis usumfructum sibi vindicat (*Nov.* 53 *cap.* 6, *et* 117 *cap.* 5, *et Auth. praeterea cod. unde vir et uxor*).

§ XVII.

Postremo bona vacantia fisco addicuntur; fisco tamen adhuc praefertur collegium, cujus defunctus sodalis fuit.

LIBER TRIGESIMUS NONUS

—

TITULUS I.

DE OPERIS NOVI NUNTIATIONE.

§ I. Quid operis novi nuntiatio, et an triplicis generis sit.
§ II. Quotuplici ex causa fiat novi operis nuntiatio.
§ III. An, si nuntiatio sit manifeste injusta, sperni possit.
§ IV. Ubinam fieri debeat novi operis nuntiatio.
§ V. Quinam possint opus novum nuntiare.
§ VI. An, uno ex sociis aedificante, alter ei nuntiare poterit.
§ VII. An ob omnem servitutem praedialem opus nuntiari possit.
§ VIII An fructuarius nuntiare poterit.
§ IX. Quibus nuntiatio fieri potest.
§ X. Ratione quorum operum nuntiatio fieri potest.

Digitized by Google

§ XI. Effectus nuntiationis.
§ XII. Quandonam cesset nuntiatio.

§ I.

Operis novi nuntiatio est inhibitio legitime facta aedificanti, aut alteri, qui aliquod opus solo cohaerens in nostrum praejudicium parat, ut ab opere coepto desistat. Quidam novi operis nuntiationem faciunt triplicem, ita ut novi operis nuntiatio tres sub se species comprehendat, quasi sub genere contentas eodem fere modo, quo adoptio sub se continet adoptionem et arrogationem, scilicet eam, quae fit auctoritate privata, quamque in specie vocant operis novi nuntiationem, quia, scilicet, is, qui vult alterum aedificantem impedire, ipsum opus accedit, et privatim ipsi aedificanti, aut illis, qui ejus nomine in opere existunt, inhibet in opere pergi: alteram vocant prohibitionem per praetorem, quae fit auctoritate praetoris, quatenus praetor jubet aedificantem ab opere coepto desistere: tertiam denique, quam vocant per jactum lapilli, quando quis scilicet opus ipsum accedens in illud projiciebat lapidem, quae projectio erat loco prohibitionis. Verius tamen est novi operis nuntiationem esse unicam, eamque simplicem, quae fit auctoritate privata, qua quis ipsum opus accedens in illo pergi prohibet, ita ut alii duo modi non sint modi nuntiandi, sed remedia prorsus distincta, et ordinarie praeparatoria ad interdictum *unde vi aut clam*, quod satis probatur per *L.* 5 § 10 *ff. h. t.*, ubi J. C sic loquitur: *meminisse autem oportebit quoties quis in nostro aedificare vel immittere vel projicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum* (*vel lapilli ictum*) *prohibere quam operis novi nuntiatione*; refert ergo operis novi nuntiationem, ut prorsus distinctam a duobus prioribus remediis: idem probant verba sequentia, *aut si in suo quid faciat quod nobis noceat, tunc novi operis denuntiatio erit necessaria*; intellige iterum operis novi nuntiationem, ut prorsus distinctam ac diversam a duobus prioribus remediis.

Nec profecto hic tantum est quaestio de nomine, sed etiam de effectu rei; ut enim constat ex *L.* 1 § 6 *ff. h. t.*, is, qui opus novum nuntiat, hoc ipso amittit possessionem, et nuntiatum facit possessorem loci, in quo opus extruitur, quatenus in ejus potestate ponat pergere in opere coepto, praestita nempe cautione; jam autem potestas aedificandi vel maximum est possessionis indicium; cum ergo jam nuntiando alteri hanc potestatem faciat, intelligitur hoc ipso eum facere possessorem. Aliud est, si quis usus fuerit duobus prioribus remediis; unde etiam est, quod J. C. *in cit. L.* 5 § 10 nuntiare volenti hoc consilium dat, ut siquidem is, cui nuntiare volumus, in nostro aedificet vel aliud opus faciat, tunc non utamur operis novi nuntiatione, quatenus hoc ipso possessionem ejus loci amitteremus, sed dicit praestare ut tali casu utamur duobus aliis remediis; scilicet aedificantem prohibeamus per praetorem vel per manum, ut scilicet sic possessionem ejus loci retineamus. Quod si alter aedificet in suo, sicque nobis noceat v. g. exercitio servitutis nos frustret, quae in ejus fundo nobis competit, tunc utamur potius operis novi nuntiatione, quam duobus aliis remediis, quatenus illa promptiorem exitum habeat.

§ II.

Quamvis autem operis nuntiatio sit unica et simplex, attamen juxta *L.* 5 § 9 *ff. h. t.*, causa ejus est triplex, scilicet *publica, naturalis, et impositiia*. Ex causa *publica* operis novi nuntiatio competit, si aliquid in publico fiat, quo usus ejusdem impeditur, tunc ejus tuendi causa omnes cives aedificanti opus novum nuntiare possunt (*L.* 3 § *ult. ff. h. t.*): ex causa *naturali*, dum in nostro aliquid fit aut immittitur, tunc juris nostri conservandi gratia aedificanti nuntiare possumus: ex causa *impositilia*, si vicinus in proprio fundo opus aliquod faciat, per quod nocetur exercitio servitutis, quae in eo fundo nobis competit.

§ III.

Prima quaestio, quae hic se offert, est an, si forte causa nuntiantis sit manifeste ac notorie injusta, nuntiatus eam impune spernere possit, ita ut si perrexerit non cogatur demoliri, antequam cognitio suscipiatur ao jure aedificatum sit, necne? Et verius est eam impune sperni non posse, ita ut si perrexerit, destruere cogatur quidquid post nuntiationem factum est: id probatur ex *L.* 20 *pr. et* § 1 *ff. h. t.* In § 1 J. C. sic ait: *qui igitur facit, etsi jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur;* dicit ergo quod is, qui perrexit post nuntiationem, contra edictum praetoris fecisse videatur, ideoque destruere cogatur, quamvis etiam jus faciendi habuisset: nec distinguit an jus ejus manifestum sit, necne; et revera hoc ratio juris exigit, satis enim constat aedificantem pergere non posse post nuntiationem, si dubium sit an jure aedificet; si ergo pergere posset, ubi causa ejus est manifeste et notorie justa, constitueretur judex in propria causa, quod certo minime conveniens est.

Deinde praetor nuntiationem suo edicto introduceus voluit vicino omnimodam securitatem praestare; hanc autem non praestaret, si aedificans pergere posset ubi causa ejus est notorie justa; cum enim unusquisque de rebus suis bene sentire soleat, is facile crederet causam suam esse notorie justam, aut saltem id semper posset obtendere, et sub tali praetextu semper in aedificando pergeret.

Nec profecto aedificans exinde conquerendum habet, quasi sic a quolibet posset turbari in exercitio juris sui; quanto enim causa ejus erit justior, tanto facilius de jure suo apud praetorem docere poterit, quod si fecerit, praetor eum tuebitur per interdictum: insuper potest etiam in casu satisdare, id est cavere, quod si non jure aedificatum apparuerit, id omno sit demoliturus, quo casu etiam pergere poterit.

Nec quis objiciat, quod praetor ideo introduxerit operis novi nuntiationem, ne alienum factum nobis noceat, hic autem illud periculum non subsistit, cum supponatur quod causa nuntiantis sit manifeste et notorio injusta, et consequenter nuntiatus eam impune spernere possit. ℟. quod praetor non voluerit simpliciter consulere nuntianti, sed quo promptius et efficacius id facere posset sine periculo litium, uti profecto boni legislatoris est; jam autem si praetor voluisset cessare effectum nuntiationis ubi causa nuntiantis est manifeste ac notorie injusta, lites non minuisset, sed potius auxisset; semper enim, ubi aedificans post nuntiationem perrexisset, id examinandum veniret, an causa nuntiantis esset manifeste ac notorie injusta, necne, quae quaestio plerumque difficilior esset quam ipsa causa principalis, an scilicet aedificans jus aedificandi habeat, necne, hoc enim plerumque facilius probari posset, quam quod causa nuntiantis esset manifeste ac notorio injusta.

§ IV.

Nunc videamus ubinam debeat fieri nuntiatio. Debet autem fieri in opere praesenti, et quasi ipsi operi, ita quidem ut, si alibi facta sit, nullius prorsus momenti sit; hinc si forte nuntiavorim aedificanti in foro, cum aedificium in platea extrueretur, nuntiatio nullius momenti est.

Obj. quod si quis stipulatus sit factum, quamvis hic et nunc praestari non possit, stipulatio tamen non sit inutilis, sed praestari debeat intra id tempus, quo factum commode poni poterit, atque adeo etiam nuntiatio alibi facta tenere debet, ad hunc saltem effectum ut, postquam aedificans ad eum locum pervenire potuit, in quo aedificium ponebatur, ab eo tempore is nuntiationo teneatur. ℟. quod non ad hunc effectum valeat nuntiatio, juxta *L.* 5 § 4 *ff. h. t.*, ubi J. C. dicit similem nuntiationem nullius prorsus esse momenti; quod non esset verum, si nuntiatum ligaret, postquam ad eum locum pervenire potuit, in quo aedificium ponebatur. Ratio autem ejus provenit ex verbis edicti, in quo praetor jusserat, ut quidquid post nuntiationem esset factum deberet demoliri; id autem in casu fuisset iniquum, saltem respectu illius qui bona fide aedificabat; unde ut verba edicti praetoris possent habere effectum, atque etiam haec iniquitas evitaretur, J. C. suis interpretationibus introduxere, ut nuntiatio deberet fieri in ipso opere praesenti, quam rationem etiam J. C. insinuat in sequentibus, dum dicit *quod idcirco receptum est etc.*

§ V.

Sequitur videre quinam opus novum nuntiare possint. Et quidem si nuntietur ex publica causa, omnes cives nuntiare possunt (*L.* 3 *§ult. ff. h. t.*); si autem nuntietur ex causa privata, id est naturali, vel imposititia, ut J. C. loquebatur in *L.* 5 § 9 *ff. h. t.*, illi nuntiare possunt, qui aut dominium, aut servitutem habent in eo loco ubi aedificium ponitur (*L. unic.* § 3 *ff. de remiss.*); ut tamen ante vidimus, quando quis prohibere vult alterum, qui in ejus fundo aedificat, non expedit uti operis novi nuntiatione, sed potius prohibitione praetoria, vel per jactum lapilli, ne scilicet alias possessionem amittat, si alter cavere paratus sit, do caetero tamen si nuntiare velit id facere poterit.

§ VI.

Huic sequitur, quod si fundus in quo aedificatur a tertio ad plures pertineat, omnes possint opus novum nuntiare; sed quid si unus ipsorum sociorum in communi loco aedificet, an alter opus novum ei nuntiare poterit? Hanc quaestionem tractat J. C. *in L.* 3 § 1 *ff. h. t.*, et decidit socium socio nuntiare opus novum non posse, sed eum debere agere vel judicio communi dividundo, vel per praetorem; tum in § *seq.* idem juris esse dicit, si socius in fundo communi aliquod opus faciat, per quod nocetur fundo vicino, qui integer ad me pertinet; reddit iterum rationem, *quia possum eum alia ratione prohibere aedificare*, hoc est vel per praetorem, vel communi dividundo; ratio tamen ejus decisionis satis obscura videtur esse, quod operis novi nuntiatio non personae, sed rei fiat, sive non in personam, sed in rem dirigitur, ita ut rem afficiat, et in consequentiam rei quilibet possessor ligetur ac prohibeatur in opere coepto pergere, eodem fore modo ut servitus ipsam rem afficit.

Quod autem operis novi nuntiatio fiat in rem, et non in personam, ex variis textibus habemus; sic dicitur in *L.* 23 *ff. h. t.*; idem adhuc clarius expressum est in *L.* 10 *ff. eod.*

His praenotatis, intelligi poterit cur J. C. dicat in casu, socio, socium, in fundo communi aedificanti opus novum, nuntiare non posse; scilicet, cum nuntiatio fiat in rem, ita ut in consequentiam ejus quilibet possessor prohibeatur in opere coepto pergere, si socius socio opus novum nuntiaret, jam sibi ipsi nuntiare ac se ipsum prohibere videretur; etenim illa nuntiatio nequit dirigi in illam partem tantum, quae ad socium pertinet; haec enim pars est pars pro indiviso, quae incorporalis est ac per

totum fundum dispersa, ita ut in ea sola aedificari nequeat, unde etiam nuntiatio dirigeretur per consequentiam necessariam in eam partem, quae ad nuntiantem pertinet, sicque ipsum nuntiantem ligaret, quod certo esset inconveniens.

Obstat quod socius possit probibere socio, ne quid invito se faciat in fundo communi; jam autem operis novi nuntiatio nihil aliud est quam prohibitio ne se invito in opere pergat; ergo etiam socius socio opus novum nuntiare potest. Sed ℟. quod tunc demum socius socio prohibere possit, ne quid fiat se invito in fundo communi, si illa probibitio dirigatur in personam et non in rem, qualis est probibitio facta per praetorem; ast operis novi nuntiatio non in personam, sed in rem dirigitur, ut ante probavimus; haec ergo non potest socio fieri, quia cum in rem fiat, per consequentiam ligaret quemcumque possessorem, atque ita et ipsum nuntiantem.

Obj. *L.* 6 § 2 *et* 3 *ff. de aqua et aquae pluv. arc. act.*, in qua proponitur, quod socius in fundo communi opus fecerit, quo facto, aqua contra naturalem fluxum defluere coepit in fundum vicinum, qui integer ad alterum socium pertinebat, et cui ista aqua nocebat: dicit J. C. quod socius possit agere actione aquae pluviae contra eum, qui opus fecit; ergo a pari opus novum socius socio nuntiare potest. ℟. Disparitas est, quod actio aquae pluviae tantummodo in personam dirigatur, intentatur enim, conventa persona ejus qui opus fecit, tenditque ad opus quod nocet demoliendum, quae omnia satis ostendunt hanc actionem in personam dirigi; sed operis novi nuntiatio fit in rem, non in personam, etenim illa non fit, conventa persona illius qui opus fecit, sed privatim, unde etiam non personaliter concipitur, sed impersonaliter hoc modo, *prohibeo ne in isto opere pergatur*.

Obj. *L.* 27 *ff. de serv. praed. urb.*, in qua proponitur, quod aedes Titianae inter me et socium essent communes, quodque is ex aedibus communibus aliquid immiserit, puta tignum in aedes meas proprias vicinas, et dicit J. C. quod adversus socium agere possim ut tignum eximatur; a pari ergo etiam socius socio opus novum nuntiare potest. Sed disparitas est, quod in casu objecto socius adversus socium agens actionem dirigat non in rem, sed in personam tantum, contendebat enim socio non esse jus immittendi tignum ex aedibus vicinis in suas proprias, utque in consequentiam tignum eximeret; ast operis novi nuntiatio non in personam, sed in rem dirigitur, cum is qui nuntiat non intendit, ut hic vel ille ab opere desistat, sed ne a quoquam pergatur in eo.

§ VII.

Nuntiare potest is, qui servitutem habet in fundo alterius, cujus exercitio vicinus nocet aedificando (*L. unic* § 3 *ff. de remiss.*); cum autem nomine servitutis simpliciter positae veniat servitus praedialis, non personalis, ideo ob solam servitutem praedialem opus novum nuntiari potest. Sed dubitatur an ob omnem servitutem opus novum nuntiari possit, tam rusticam, quam urbanam; plurimi credunt ob solam urbanam, et non rusticam opus novum nuntiari posse; sed verius est ob omnem tam rusticam, quam urbanam nuntiari posse, quamvis tamen frequentius nuntiatio locum habere possit ob servitutem urbanam quam rusticam. Probatur imprimis ex eo, quod omnes leges hac de re tractantes simpliciter dicant, ob servitutem nuntiari posse, nec distinguant inter rusticam et urbanam; jam autem nullatenus verosimile apparet quod J. C. in toto hoc titulo, uti et in nulla lege Digestorum, tam notabilis distinctionis nullam fecissent mentionem; non etiam hic agitur de unico casu, aut unica specie servitutis, quo casu id facilius admitti posset, sed agitur de toto genere servitutum. Idem clarius adhuc probat *L.* 47 *ff. fam. ercisc.*, ubi J. C. sic ait: *in judicio familiae erciscundae vel communi dividundo, si, dum res in arbitrio sit, de jure praedii controversia sit, placet omnes eos, inter quos arbiter sumptus sit et agere et opus novum nuntiare pro sua quemque parte posse*; hue usque J. C. necdum dixerat de quo praedio ageretur, an rustico, an urbano, sed ex sequentibus patet eum agere de praedio rustico; subjicit enim *et cum adjudicationes ab arbitro fiunt, si uni adjudicetur totus fundus etc*; agit ergo de praedio rustico, ut demonstrat verbum *fundus*; haec lex itaque clare probat ob servitutem rusticam etiam opus novum nuntiari posse, et profecto nulla potest probabilis reddi differentiae ratio, cur potius ob servitutem urbanam quam rusticam opus novum nuntiari posset.

Maxime tamen obstat *L.* 14 *ff. h. t.*, ubi J. C. ait, quod si mihi competat servitus viae in fundo vicini, et vicinus opus aliquod fecerit, per quod impedit exercitium servitutis viae, non possim ipsi opus novum nuntiare, sed servitutem viae vindicare debeam; servitus autem viae est servitus rustica, ex qua sequi videretur ob servitutem rusticam opus novum nuntiari non posse. Hanc objectionem solvit Cujacius distinguens utrum servitus primario consistat in jure probibendi, an secus, ita ut tantum per consequentiam servitutis constitutae alterum opus novum facientem prohibere possim; et siquidem servitus primario consistat in jure prohibendi, v. g. in servitute altius non tollendi, quod exemplum in omnibus fere legibus proponitur, in quibus agitur denuntiatione facienda ob servitutem, haec servitus primario consistit in jure probibendi, si enim alter altius aedificet, directo ipsum possum prohibere ne aedificet, aut altius tollat, unde opus novum ei nuntiare potero.

Digitized by Google

Sed si servitus non consistat primarie in jure prohibendi, sed primo mihi asserere debeam servitutem, et in consequentiam servitutis assertae eum prohibere ne pergat, tum operis novi nuntiatio fieri non poterit; hinc quia in servitute viae prius mihi debeam asserere servitutem viae, et per consequentiam servitutis assertae tantum prohibere possim ne aedificetur, ideo non potero prime novum opus vicino nuntiare. Quid igitur si servitus primario non consistat in jure prohibendi, vicinus tamen opus faciat, per quod impedit exercitium servitutis, an dominus praedii dominantis nullum remedium habebit? ℟. affirmative, scilicet, ut J C. dicit in *L.* 14 *obj.*, servitutem vindicare poterit, per quam consequetur ut, si vicinus perrexerit, sicque impedivorit exercitium servitutis, debeat sibi praestare quantum sua interest in opere perrectum esse, sed tamen interesse non consequetur, nisi ab illo tempore quo docuerit de jure suo; ex quo patet quaenam sit differentia utrum quis opus novum nuntiaverit, an vero servitutem vindicaverit, si enim jure nuntiaverit, quidquid post nuntiationem aedificatum est demoliri debet, etiam antequam nuntians de jure suo docuerit, quinimo antequam desuper suscipiatur cognitio; si vero servitutem vindicaverit, interesse tantum consequetur postquam de jure suo docuerit.

§ X.

Quaeritur an fructuarius opus novum nuntiare possit? Et certo adversus ipsum dominum fundi fructuarii nuntiare non potest: adversus alterum autem, qui in fundo fructuarie opus facit, aut opere facto impedit exercitium servitutis fundo fructuario competentis, proprio quidem nomine nuntiare non potest, procuratorio tamen nomine nuntiare potest; id probat *L.* 1 § 20, et *L.* 2 *ff. h. t.* In *L.* 1 § 20 J. C. ait *ususfructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, scilicet, neque adversus extraneum neque adversus dominum:* prosequitur *sed procuratorio nomine nuntiare potest;* intellige adversus extraneum; absurdum enim esset ut tamquam procurator domini ipsi domino nuntiaret, sic enim dominus sibi ipsi nuntiare videretur, quod etiam clarius patet ex *dicta L.* 2, ubi J. C. ait *si autem domino praedii nuntiarit, inutilis erit nuntiatio;* scilicet sive proprie, sive procuratorio nomine nuntiarit; subjicit rationem, *neque etiam sicut adversus vicinum, ita et adversus dominum agere potest, jus ei non esse invito se altius aedificare.* Quid igitur fructuarius faciet, si forte dominus opere facto eum impediat in utendo fruendo, vel in exercitio servitutis fundo fructuario competentis? Vindicabit usumfructum, quo ipso consequetur id quod sua interest non impediri in utendo fruendo, vel in exercitio ejus servitutis.

Quod fructuarius opus novum suo nomine nuntiare non possit exinde patet, quod juxta *L. unic.* § 3 *ff. de remiss.*, is solus possit novum opus nuntiare, qui dominium aut servitutem habet; jam autem fructuarius non habet dominium fundi fructuarii, neque etiam habet servitutem praedialem, sed tantum personalem, quia nomine servitutis simpliciter positae venit servitus praedialis, et non personalis, idque tanto magis quod in omnibus fere legibus hac de re tractantibus J. C. examinent, an quis possit vindicare rem aut servitutem, ut operis novi nuntiatio competat.

Potest tamen fructuarius procuratorio nomine nuntiare adversus quemcumque, praeter dominum fundi fructuarii, quia scilicet fructuarius intelligitur habere mandatum, ut jura praedii integra conservet, ut probatur ex *L.* 1 § *ult.*, et *L.* 2 *ff. usufr. quemadm. etc.*

Non obstat quod is nuntiare possit, qui tantum est pro parte dominus fundi, in quo opus construitur, ususfructus autem pars fundi dicatur, atque adeo et fructuarius nuntiare possit; nam quod dicitur, usumfructum esse partem fundi, intelligendum est de usufructu causali, non formali.

Non obstat etiam quod, juxta *L.* 3 *ff. h. t.*, possessores fundorum provincialium nuntiare possint, cum tamen dominium horum fundorum penes ipsos non sit, sed penes principem, vel rempublicam. Nam disparitas est quod, quamvis possessores fundorum provincialium non habeant dominium directum, habent tamen dominium utile, vi cujus etiam possunt vindicare utiliter servitutem fundis provincialibus debitam; itaque utiliter saltem nuntiare poterunt. At fructuarius neque dominium directum, neque utile habet, sed tantum jus percipiendi fructus, neque etiam potest servitutes fundo fructuario debitas vindicare; itaque nulla ratione nuntiare poterit.

Non obstat quoque quod, juxta *L.* 13 § 8 *ff. de damn. inf.*, fructuarius possit actione de damno infecto agere ratione fundi fructuarii; nam et ab initio fructuario non licuit agere hac actione, sed postea ex utilitate publica receptum est, et quidem generaliter, ut omnis is possit petere cautionem de damno infecto, cujus periculo res est (*L.* 18 *ff. de damn. inf.*); jam autem ad fructuarium pertinet periculum fundi fructuarii; ergo fructuarius etiam petere potest cautionem de damno infecto. Quod autem in cautione de damno infecto receptum fuit, J. C. crediderunt non esse extendendum ad operis novi nuntiationem, cum haberet effectum multo promptiorem atque magis peremptorium, quam actio de damno infecto. Admodum etiam rigorosum fuit edictum praetoris in novi operis nuntiatione, quod quidquid post nuntiationem esset positum debeat demoliri, et ita quodammodo ab ipsa executione incipere, quod sane extendendum non erat.

Digitized by Google

Non obstat etiam quod fructuarius possit agere actione aquae pluviae proprio nomine, si vicinus opere facto effecerit aquam aliter fluere, quam naturaliter fluere soleret, et sic fundo fructuario noceat (*L. 22 ff. de aqua et aquae pluv.*); actio enim aquae pluviae datur omni ei, cui aqua pluvia nocet, estque mere personalis, et unice in personam dirigitur; sed nuntiatio non dirigitur in personam, sed in rem.

Sed maxime obstat *L. unic. § 4 ff de remiss.*, in qua dicitur, *item Juliano placet fructuario vindicandarum servitutum jus esse secundum quod opus novum nuntiare poterit*; ast ad hanc legem dicendum, quod dum J. C. ex Juliano dicit fructuarium posse vindicare servitutes non sic intelligendus est, ut possit easdem suo nomine vindicare, sed nomine procuratorio, quod satis patet ex eo quod statim inferat, *secundum quod opus novum nuntiare poterit*; ex quibus evidens est, quod J. C. tantum egerit de vindicatione servitutis in ordine ad operis novi nuntiationem; cum itaque ante diximus fructuarium tantum posse procuratorio nomine nuntiare, J. C. etiam intellexit quod tantum possit vindicare servitutes procuratorio nomine.

§ IX.

Nunc videamus quibus nuntiatio fieri possit ac debeat. Et quidem sufficit modo facta sit cuicumque, qui in opere existit nomine domini qui opus fieri jussit, modo talis sit qui domino renuntiare possit nuntiationem esse factam; unde non tantum domino facta valet, sed et etiam operariis, modo ipsis fiat in opere praesenti. Hinc J. C. in *L.* 5 § 3 *ff. h. t.* dicit *quod et servo et mulieri et puero et puellae nuntiatio facta teneat*; ex eadem ratione etiam J. C. in *L.* 10 dicit *quod et furioso et infanti fieri possit nec tutoris auctoritas necessaria sit*: prosequitur in *L.* 11 *cuilibet enim intelligenti veluti fabro nuntiatum infantem et furiosum tenet*; ex quo patet quod id, quod in *L.* 10 dicitur infanti et furioso nuntiari posse, non sit intelligendum, ut nuntiatio facta infanti et furioso dominum teneat, sed quod si nomine infantis vel furiosi opus fiat, nuntiatio operariis facta etiam infantem teneat; alioquin enim infanti facta perinde esset ac si nulli facta esset, cum enim infans careat judicio et ratione, is talis est, ut domino renuntiare nequeat.

Si nuntiatio alteri quam domino facta sit, modo is talis sit qui domino renuntiare possit, quique in opere existeret nomine domini, quamvis is domino non renuntiarit, equidem nuntiatio facta dominum tenebit; ita quidem ut si interim perrectum sit in opere, dominus propriis sumptibus id omne demoliri debeat; ex quo iterum patet rigor ejus edicti, nec tamen id absolute iniquum est, sibi enim imputet dominus quod tam negligentes operarios adhibuerit, qui nuntiationem factam domino non renuntiarint, aut saltem non destiterunt ab opere coepto.

Ex dictis etiam sequitur, quod si fundus in quo aedificatur ad plures pertineat, et uni ex dominis facta sit nuntiatio, omnes teneat, uti J. C. decidit in *L.* 5 § 5 *ff. h. t.*, cum, ut ante diximus, nuntiatio fiat in rem, ligetque quemcumque possessorem; itaque etiam eum, cui nuntiatio facta non est, modo rite socio ejus facta sit.

Neque obstat *L.* 18 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *aedibus communibus si ob opus novum nuntiatio uni fiat, siquidem ex voluntate omnium opus novum fiat, omnes nuntiatio tenebit, si vero quidam ignorent in solidum obligabitur qui contra edictum praetoris fecerit*; ex quo sequi videretur quod, si uni tantum facta sit nuntiatio, et alius ignoret, ignorantem nuntiatio non teneat. Ast hoc minime sequitur, siquidem illa lex casum nostrum non tractet, sed prorsus diversum; agit scilicet de casu, quo post nuntiationem factam unus ex dominis altero insciente in opere perrexerit, tali casu J. C. dicit quod solus is qui perrexit, non etiam alter qui ignorat, conveniri possit interdicto restitutorio ut, quod post nuntiationem est factum, suis sumptibus cogatur demoliri: quod de hoc casu J. C. tractet, patet ex verbis ipsius legis, cum dicit *qui contra edictum praetoris fecerit*; jam autem is, qui non perrexit aedificare, contra edictum praetoris non fecit. Eo etiam collimat J. C. *in L.* 5 § 5, dum ait: *sed si unus aedificarit post operis novi nuntiationem alii qui non aedificarunt non tenebuntur*; reddit rationem, *neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit.*

Itaque nuntiatione uni ex pluribus dominis facta, haec nuntiatio omnes tenet, ita ut si perrexerint, suis sumptibus demoliri cogantur; sed si unus tantum perrexerit, is solus conveniri potest, ut suis sumptibus demoliatur quod post nuntiationem est positum: caeteri, quibus ignorantibus in opere perrectum est, non possunt conveniri ut suis sumptibus demoliatur, sed tantum ut patiantur demoliri.

Non obstat etiam quod, si plures sint domini fundi cui opus factum nocet, nuntiatio ab uno ex dominis facta caeteris non prosit, juxta *L.* 5 § 6 *ff. h. t.*; quia disparitas est, quod nuntiatio ex parte nuntiantis sit mere personalis, nihil enim aliud continet quam declarationem voluntatis, ne in opere pergatur, quae declaratio mere personalis est; sed nuntiatio ex parte nuntiati non est mere personalis, cum in rem dirigatur, adeoque ligat quemcumque possessorem.

§ X.

Nunc videamus nomine quorum operum fieri possit nuntiatio. Et quidem requiritur, ut opus nec-

Digitized by Google

dum sit consummatum, sed tantum incoeptum; finis enim nuntiationis est, ut ab opere coepto desistatur, id autem nequit babere locum quando opus est consummatum: requiritur etiam, ut opus novum fiat, nam si quis vetus reficiat aut fulciat, operis novi ountiatio non competit, ut J. C. decidit in *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*, ubi reddit hanc rationem, *hic enim non opus novum facit, sed veteri sustentando remedium adhibet.*

Sed an opus debet esse incoeptum, et quid si tantum paretur opus, an nuntiatio fieri poterit? ℟. negative, sed debet esse incoeptum, ita quidem ut id quod est positom habeat formam operis; unde, ut J. C. ait in *L.* 21 § 3 *ff. h. t.*, non sufficit unum vel alterum caementum esse positum, requiritur etiam ut opus quod fit solo cohaereat (*L.* 1 § 15 *ff. h. t.*); unde juxta illam legem, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam plantet, nuntiatio ei fieri non poterit, quia opus quod facit non est solo cohaerens; sed modo opus solo cohaereat id sufficit, sive aliquid oovi ponat, sive jam positum detrabat, et sic viciuo noceat (*L.* 1 § 11 *ff. h. t.*), quia et is, qui detrahit quod jam positum est, opus novum facit.

Sed quare requiritur, ut opus factum solo cohaereat, cum edictum praetoris non distinguat? Id introductum fuit interpretatione J. C. hac ratione, quod praetor juberet opus factum restitui; id autem tantum potest habere locum, quando opus solo cohaeret.

§ XI.

Effectus nuntiationis est quod nuntiatus debest desistere statim ab opere coepto, ita ut si perrexerit antequam ountiatio remissa sit, cogatur demoliri quidquid post nuntiationem aedificatum est, sive jus aedificandi haberet, sive non; et ad hoc ipsi nuntianti et aedibus ejus datur interdictum restitutorium, ut aedificans cogatur opus restituere in eum statum, io quo erat eo tempore quo nuntiatio facta est. Hoc autem interdictum non tantum datur contra eum, qui aedificavit, sed et etiam adversus heredes ejus, cum hac tamen differentia, ut ipse nuntiatus qui aedificavit propriis sumptibus id quod aedificavit cogatur demoliri, heres autem nuntiati qui perrexit tantum teneatur praestare patientiam destruendi operis, quia scilicet, quod propriis sumptibus opus demoliri debeat, poenae nomine venit, porro in poenam heres non succedit (*L.* 22 *ff. h. t.*).

Non tantum autem heres tenetur ex capite nuntiati hoc interdicto restitutorio, sed et etiam ex suo proprio capite, si et ipse in opere perrexerit; ut enim diximus, nuntiatio ex parte nuntiati est realis, et sic ligat quemcumque possessorem, consequenter etiam heredem. Nec tantum heres hoc interdicto tenetur, sed etiam successores particulares, ita tamen ut, si bi igooraveriot ountiationem esse factam, tantum teneantur ad praestandam patientiam; nec facit qood leges non distinguant, sed simpliciter dicant successorem teneri interdicto restitutorio, uti simpliciter dicit *L. ult. ff. h. t.*, cum in herede leges distinguant, quanto magis in tertio possessore haec distinctio facienda est.

Ita tamen prohibetur nuntiatus in opere coepto pergere, si ei nuntiatio remissa non sit per praetorem, aut ipsum nuntiantem, aut etiam satisdationem praestiterit, aut obtulerit, si enim apud praetorem de jure suo docuerit isque ideo nuntiationem ei missam fecerit, in opere pergere poterit, et praetor ei dabit interdictum prohibitorium adversus nuntiantem, qui eum vellet turbare in aedificando; similiter pergere poterit, si satisdationem praestiterit, aut etiam obtulerit, et nuntians eam noluerit admittere, cum tamen idonea esset satisdatio; hoc enim casu, cum per actorem stet quominus satisdetur, in ea causa est nuntiatio ut remitti debeat (*L.* 20 § 1 *et* 5 *ff. h. t.*); unde tunc iterum praetor eum tuebitur per interdictum prohibitorium, et recte sane, quia alias esset in potestate cujusque alterum turbare io exercitio juris sui.

§ XII.

Restat ut dicamus quando nuntiatio cessat, seu finistur. Et tunc quidem cessat, si opus oon patiatur moram (*L.* 5 § 11, 12 *et* 13 *ff. h. t.*): in § 13 loco *vel si in cloacis* legi debet *veluti in cloacis:* cessat etiam nuntiatio, si remissa sit a praetore, vel ab ipso nuntiante (*L.* 1 § 10 *ff. h. t.*): item morte nuntiantis, aut alienatiooe rei, propter quam facta est nuntiatio (*L.* 8 § 6 *ff. h. t.*); ideo finitur morte nuntiatio, quia ex parte ipsius mere personalis est, nihil enim aliud continet quam declarationem voluotatis, ne in opere coepto pergatur, quae declaratio mere personalis est; ideo finitur alienatione rei, propter quam nuntiatio facta est, quia tantum periculum erat, ne ei noceretur propter rem ratione cujus nuntiationem faciebat; jam autem ubi rem non amplius habet, cessat periculum damni.

TITULUS II.

DE DAMNO INFECTO, ET DE SUGGRUNDIS ET PROTECTIONIBUS.

§ I. De quo damno agitur in hoc titulo.
§ II. An jus vicino acquiratur ante cautionis interpositionem.
§ III. Quid si dominus collapsarum aedium rudera tollere nolit.
§ IV. Quid si dominus cavere nolit ad jussum praetoris.
§ V. Si pars tantum ruinosa sit, an mittetur vicinus in possessionem totius insulae.

Digitized by Google

§ I.

In praecedenti titulo actum fuit de damno, quod nobis imminet ex opere coepto, sed necdum consummato, quo casu datur operis novi nuntiatio, quae, ut diximus, cessat ubi opus est consummatum; tunc si aliquod damnum ex eodem immineat, agendum est interdicto *quod vi aut clam*, vel actione *de damno infecto*, de qua sub hoc titulo agitur. Ea autem agimus adversus vicinum ad avertendum damnum, quod nobis ex re ejus imminet, puta ex aedibus ruinosis, vel ex eo quod paries ejus ventrem faciat, vel arbor ejus sit caduca: hac actione intentata, praetor jubet vicinum cavere de damno, quod rebus nostris ex re ejus imminet, scilicet, quod si postea damnum detur, id omne sit resarciturus.

§ II.

Itaque haec cautio antequam sit interposita, vicino nullum jus est aequisitum, ita ut si ante hanc cautionem interpositam, vel antequam praetor eam interponi jusserit damnum datum sit, puta quod aedes vicini in meas deciderint, iisque damnum dederint, non possim vicinum cogere ad resarcitionem ejusdem (*L.* 44 *ff. h. t.*), scilicet mihi ipsi imputare debeo quod maturius hac actione non egerim, nec praetorem accesserim, sicque culpa mea id damnum sentire videor; is autem, qui culpa sua damnum sentit, illud sentire non videtur; unde etiam si forte cautionem a vicino petierim, et cum ille nollet cavere ad praetorem iverim, et antequam praetorem accessissem, vel etiam praetor jussisset cautionem interponi, aedes vicini in meas deciderint, nulla mihi contra vicinum dabitur actio.

Nec facit quod, si debitorem convenerim, et illo solvere detrectaverit, hoc ipso in mora constituatur, ac periculum rei debitae in eum transeat; est enim disparitas, scilicet, dum debitorem convenio, ago ex jure mihi quaesito jam praevio contra ipsum; hinc est quod periculum facilius ad eum pertinere incipiat post moram. Ast in casu mihi nullum jus quaesitum est adversus vicinum ad resarcitionem damni imminentis, aut jam dati antequam cautio esset interposita; ex quo etiam patet, quod praetor merito hanc actionem introduxerit, qua vicinus possit petere cautionem de damno sibi a re vicini imminente; hinc J. C. in *L.* 7 § 2 *ff. h. t.* quaerit, quid si ante cautionem interpositam aedes vicini corruerint in meas, iisque damnum dederint, an is rudera tollere possit? Et respondit eum posse, sic tamen ut omnia simul tollat, id est inutilia simul cum utilibus; unde non potest v. g. trabes, ut lapides magnas tollere, minutiores autem relinquere.

§ III.

Quid igitur si dominus rudera tollere nolit? Tali casu vicino nulla adversus ipsum dabitur actio, ita ut is defungatur rudera derelinquendo (*L.* 6 *et* 7 § 1 *ff. h. t.*). In *L. cit.* J. C. comparationem instituit inter damnum a quadrupede datum, et damnum quod nobis contigit ex aedibus ruinosis ante cautionem interpositam, scilicet ubi animal alienum nobis damnum dedit sine culpa domini, hic non tenetur absolute illud damnum resarcire, sed defungitur animal noxae dando, in tantum quidem, ut si animal illud mortuum sit, nulla damnum passo actio competat; jam autem aedes vicini, quae damnum dederunt, cum supponantur collapsae, non amplius extant, itaque similiter damnum passo nulla potest competere actio, tanto magis quod hic potuerit sibi consulere adversus ejusmodi damnum accedendo praetorem, et cautionem a vicino expetendo; ubi in casu animalis, is qui damnum passus est nullatenus sibi potuit consulere adversus ejusmodi damnum, imo nequidem ordinario illud praevidere potuit.

Neque hic est distinguendum, utrum vicinus suas aedes reficere potuerit, an vero non potuerit, puta, prae inopia; leges enim hac de re loquentes non distinguunt, et profecto non videbatur conveniens in hoc puncto distinguere, cum id potuisset praebere materiam aliis litibus, quas evitare prudentis legislatoris est.

Non obstat quod, si aliquid dejectum sit ex domo mea, et transiens damnum senserit, ego tenear actione *de dejectis et effusis*, idemque si aliquid suspensum decidisset. Nam disparitas est, quod transiens nullo modo sibi potuerit praecavere adversus ejusmodi damnum, nullam enim actionem habet antequam damnum datum sit. Ast in casu vicinus potuit sibi praecavere adversus damnum, quod ex lapsu aedium ruinosarum sensit, petendo scilicet cautionem de damno infecto: insuper publice interest secure posse transire per vias publicas, hinc facilius receptum est, ut hospes domus, ex qua aliquid dejectum, vel effusum est, teneretur, quatenus plerumque difficulter discerni pos-

sit quis dejecerit, insuper tali casu hospiti imputari potest, quod tales habitatores in suam domum admiserit

Non obstat etiam quod, si animal alienum nobis damnum dederit, dominus animalis conveniri possit ad resarciendum damnum; quia iterum is cui damnum datum est nullo modo potuit sibi praecavere, ubi in casu potuisset sibi consulere adversus ejusmodi damnum, petendo cautionem: deinde in casu objecto dominus animalis etiam non absolute tenetur ad resarcitionem damni, sed liberatur animal noxae dando, ita quidem ut, si animal mortuum sit, nulla actione teneatur; jam autem in casu nostro aedes, quae damnum dederunt, non amplius extant; itaque nulla similiter actio dari debet.

Sed quis forte dicet extare rudera. ℟. Hoc verum est, sed dominus eadem derelinquere debet, si nolit ad resarcitionem damni teneri; alias enim, si tollere velit, omne damnum datum resarcire debet, et ita hac in parte non est differentia, sed potius convenientia omnimoda.

Haec ita, nisi vicinus justa de causa impeditus cautionem petere non potuerit, ut probant *L.* 8 *et* 19 *ff. h. t.* In *L.* 19 loco *si reversis* legi debet *sed reversis*, quod primo suspicatus fuit Cujacius, et de quo dubitari non potest, si inspiciamus *L.* 30 *ff. de nox. act.*, ad quam tamen non reflexit Cujacius, sed solus contextus *L.* 19 hanc correctionem ei exigere videbatur; ast reflectendo ad hanc *L.* 30 nulla superest dubitatio; utraque enim est ejusdem J. C., et ex eodem loco desumpta, suntque eadem fere verba utriusque legis, in hac autem *L.* 30 habetur *sed reversis;* igitur juxta has leges, scilicet 8 *et* 19, si vicinus juste impeditus cautionem non exegerit, et ex lapsu aedium vicinarum damnum passus sit, dominus earumdem debet vel damnum datum resarcire, aut aedes suas derelinquere. Idem etiam probat *L.* 6 *ff. h. t.*, in verbis *denique si quis propter angustias temporis etc.* Similiter, juxta *L.* 15 § 2 *ff. h. t.*, si praetor cautionem interponi decreverit, et cum vicinus eam praestare nollet, actorem miserit in possessionem aedium ruinosarum, et antequam actor in possessionem venisset, aedes ruinosae decidissent, etiam vicinus tenebitur vel damnum datum resarcire, vel aedes suas derelinquere; idem erit dicendum, si aedes deciderint, cum praetor forte deliberaret de interponenda cautione (*L.* 15 § 2 et 18 *ff. h. t.*).

Itaque si aedes deciderint antequam interposita esset cautio, tum, si dominus rudera tollere velit, omne damnum datum resarcire debet, quinimo et cavere de futuro damno, si forte pars quae remansit adhuc ruinam minetur; si autem rudera tollere nolit, tunc regulariter nulla actione conveniri potest, nisi vicinus justa de causa impeditus non petierit cautionem, vel damnum datum sit dum de interponenda cautione praetor deliberaret, aut etiam damnum datum sit antequam vicinus in possessionem missus in eamdem venisset, si modo tamen hoc ultimo casu non fuerit in mora veniendi in possessionem.

§ IV.

Diximus quod ubi haec actio intentata est, praetor jubeat dominum aedium ruinosarum interponere cautionem de resarciendo omni damno, si forte postea aedes fuerint collapsae: quid igitur si dominus cavere nolit ad jussum praetoris? Tum praetor actorem mittet in possessionem aedium ruinosarum, ut constat ex *L.* 4 § 1 *ff. h. t.* An ergo in possessionem sic missus ex decreto praetoris, quod solet vocari *primum decretum*, possessionem aedium ruinosarum nanciscetur? ℟. negative, aliud enim est in possessione esse, aliud possidere; sic colonus et conductor sunt in possessione, tamen non possident, possessio enim non intelligitur sine animo sibi habendi, quem non habet colonus aut conductor; itaque in possessionem missus, est quidem in possessione, sed non possidet, uti clare probatur *ex L.* 15 § 20 *ff. h. t.*, in qua dicitur *si quis in possessionem missus nondum possidere jussus sit, an dominus possessione decedere debeat videamus, et ait Labeo, non decedere*; dicit itaque Labeo, quod dominus retineat possessionem, sicque missus eam non acquirit; non potest enim possessio penes plures in solidum existere uno et eodem tempore.

Quid itaque missus ex hoc primo decreto per eam missionem consequetur? ℟. Nudam detentionem et custodiam, scilicet interim in aedibus ruinosis cum domino habitare poterit, ut hic taedio affectus tandem inducatur ad cautionem interponendam.

§ V.

Sed quando tali casu missio fiet, an mittetur in possessionem totius rei ruinosae, an vero partis ruinosae tantum? Hic distinguendum, utrum agatur de aedificio ruinoso, an vero de loco aedificio vacuo, puta de promontorio aliquo arenoso, quod ruinam minatur: et primo casu mittetur in possessionem totius rei ruinosae, secundo vero casu tantum mittetur in possessionem partis ruinosae (*L.* 15 § 12 *et* 13 *ff. h. t.*). In § 12 J. C. sic ait: *an vero in totas aedes missio locum habeat videamus? Et extat Sabini sententia in totas aedes mittendum, alioquin si ex superficie, inquit, damnum timeatur, non habebit res exitum*; quam rationem satis obscurem J. C. clarius explicat in *L.* 38 § 1 *ff. h. t.* in verbis *ejusque rei haec est ratio quod in aedificiis partes quoque reliquae a vitiosa parte traherentur, at in agris non idem*

est; hoc vult J. C. quod in aedificiis ruinosis saepe pars ruinosa alteram non ruinosam secum trahat et corruere faciat, quod non ita facile potest contingere in agris, quorum pars ruinosa est. Aliquando tamen in aedificiis ruinosis pro parte tantum missio fiet, scilicet si partes sint separatae et sibi non cohaerentes, aut etiam domus sit ampla; tunc enim causa cognita missio tantum fiet in partem ruinosam; idque probant § 13 *et* 14 *L.* 15 *ff. h. t.*

§ VI.

Quid si, postquam missio facta ex primo decreto, dominus aedium ruinosarum nihilominus cavere detrectet? Tali casu, post intervallum temporis arbitrio judicis determinandum, praetor actorem mittet in possessionem ex secundo decreto, per quam missionem dominus aedium ruinosarum possidere desinit, et possessio transfertur in actorem, quia per hanc missionem praetor actorem possidere jubet, ut constat ex *L.* 15 § 21 *ff. h. t.*

Sed an missus in possessionem ex hoc secundo decreto consequetur dominium? Et plurimi quidem, inter quos Donellus, contendunt missum ex secundo decreto statim a missione facta acquirere dominium; verius tamen est missum tantum acquirere possessionem una cum conditione usucapiendi, ita ut, tempore a legibus ad usucapionem praestituto, fundum in cujus possessionem missus est adhuc possidere debeat, ut dominium ejus acquirat per *L.* 5 *ff. h. t.*, in qua dicitur *missum in possessionem ex secundo decreto, eam rem in cujus possessionem missus est, per longi temporis spatium in suum dominium capere posse.*

Hic incidenter notetur interpolatio Triboniani; tempore enim Pauli, cujus est haec lex, ad usucapionem non requirebatur longum tempus, sed sufficiebat in rebus mobilibus annus, biennium in immobilibus.

Haec tamen sententia in magnas incidit difficultates; etenim ad omnem usucapionem requiruntur bona fides, titulus, et possessio; et imprimis videtur deesse bona fides, quatenus in possessionem missus sciat esse rem alienam. Aliqui, ut illam evitent difficultatem, dicunt eum juste possidere, qui auctore praetore possidet (*L.* 11 *ff. de acq. vel. amit. poss.*); verum hoc non tollit difficultatem, siquidem hic non agatur de possessione, sed de bona fide; itaque alia solutio danda erit, et dicendum quod non semper is, qui sciens rem alienam possidet, intelligatur esse in mala fide respective ad usucapionem, sed tunc demum si scientia rei alienae conjunctam habeat obligationem restituendi aut saltem dubium inducat an res illa restitui debeat. Quod probatur per *L.* 28 *ff. de nox. act.*, in qua dicitur, quod si animal alienum mihi damnum dederit, cum non esset penes dominum, sed possideretur ab alio bona fide, et is praetulerit illud noxae dare, quam damnum resarcire, possim dominum agentem reivindicatione repellere exceptione doli mali, nisi malit damnum ab animali datum resarcire: quod si possessionem istius animalis sine meo facto amiserim, et sit apud dominum, Publiciana adversus ipsum agere possim, et si mihi objiciat exceptionem dominii, hanc elidere possim replicatione doli mali, nisi iterum paratus esset damnum resarcire: tum prosequitur J. C. et ait *et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam*; itaque scientia rei alienae non semper talem malam fidem inducit, quae impediat usucapionem.

Quod titulum attinet, dicimus hic adesse titulum pro derelicto: nec dicas titulum pro derelicto tunc tantum habere locum, quando subest justa causa existimandi rem pro derelicto esse habitam, quasi hoc dici nequiret, quia missus in possessionem scit verum dominum ex possessione sua expulsum fuisse; nam non dicimus a parte rei rem pro derelicto esse habitam, sed ubi praetor actorem in possessionem misit, perinde considerat et quodammodo fingit rem pro derelicto habitam, per *L.* 15 § 1 *ff. h. t.* in verbis: *ergo intervallum aliquod debebit intercedere quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse*; ex quo intelligitur praetorem considerare eum qui non cavet tamquam pro derelicto habentem, atque ita usucapio titulo pro derelicto procedere poterit.

Praeter conditionem usucapiendi, missus in possessionem adhuc consequitur dominium quoddam fictum seu praetorium, scilicet habetur a praetore tamquam dominus, eodem fere modo ut contingit in Publiciana; praetor enim eum cui Publicianam concedit pro domino habet, et in ea qualitate ipsi Publicianam tribuit: his notatis facile intelligetur quod dicitur in *L.* 15 § 16, 17 *et* 33 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod secundo decreto a praetore dominus constituatur, quod intelligendum non est de dominio vero, sed de dominio ficto.

Sed si dominus fingatur rem ruinosam pro derelicto habuisse, quid opus usucapione, cum ubi dominus rem suam derelinquit, cedat primo occupanti, atque adeo missus in possessionem illico ejus rei verum et proprie dictum dominium acquirere debeat? Non dicimus quod dominus rem suam a parte rei pro derelicto habeat, nam tunc sane non opus esset usucapione, sed dicimus quod praetor, postquam actorem in possessionem misit, quodammodo fingat rem pro derelicto habitam; hinc adhuc opus est usucapione, ut in possessionem missus verum et irrevocabile dominium acquirat.

Sed ad quid utilis erit haec usucapio, cum statim a momento, quo actor missus est in possessionem, acquirat omnia commoda domini, nec oblata cautione, dominus rem suam recuperare possit?

Quod dicitur actorem interim habere omnia commoda domini, verissimum est, nec id mirum videri debet, cum praetor eum interim pro domino habeat: quod autem dicitur dominum rem suam non posse amplius recuperare, non est simpliciter verum, sed tantum verum est quod offerendo cautionem, rem suam amplius recuperare non possit; caeterum,si dominus paratus sit restituere omne prorsus damnum,quod per res suas datum est, et insuper praestare velit omne interesse simulque cavere de futuro damno, aut, si damnum needum datum sit, deponere aedes ruinosas, non dubitamus quin in possessionem missus, quamdiu needum usucepit, teneatur rem domino restituere.

Contrarium tamen pluribus placuit motis per *L.* 15 § 33 *ff. h t*; ast illa lex nil aliud decidit, quam quod dominus oblata cautione rem suam recuperare non possit, quod verum est eo sensu quo jam diximus.

Obstat *L.* 3 § 1 *ff. de reb. cor. qui sub tut. etc.*,ubi dicitur, quod haec missio sit species alienationis. ℟. Sed et hoc verissimum est; nomine enim alienationis venit omnis constitutio juris realis, sic nomine alienationis venit pignoris obligatio;imo jus, quod acquirit missus in possessionem, fortius est jure pignoris, cum soluto debito, debitor pignus recuperet, ubi in casu dominus, oblata cautione, rem recuperare nequeat; illa lex igitur nihil contra nos operatur.

Obj. *L.* 7 § 9 *ff. comm. divid.*, in qua dicitur, missum in possessionem reivindicationem habere. ℟. Sed nec hoc obstat; nomine enim vindicationis generaliter acceptae venit omnis actio realis, sicuti nomine condictionis generaliter sumptae venit omnis actio personalis: scilicet J. C hic per vindicationem intellexit utilem vindicationem sive Publicianam, quam praetor dat ei qui in possessionem missus est. Idem responde ad *L.* 1 *ff de fund. dot.*

§ VII.

Quid si propter rem ruinosam plures mittantur in possessionem, quomodo mittentur, an aequaliter, an pro rata damni? Vult Voëtius eos pro rata damni mitti debere, ast invita juris ratione, ut patet ex *L.* 15 § 17 *et* 18 *ff h. t.* In § 18 sic ait J. C.: *cum autem plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni quod unumquemque contingeret:* apertius sane J. C. loqui non potuisset; subjicit rationem: *nam et cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum, cum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes, quasi in totum missi concursu partes habebunt:* et hoc ratio juris postulat; etenim ubi actor in possessionem mittitur, praetor considerat quasi res pro derelicto esset habita; jam autem ubi res pro derelicto habetur, in totum cedit primo occupanti, et si plures eodem tempore occupent, aequaliter acquirent: dein haec missio magis fit ob contumaciam ejus qui cavere non vult, quam ad damni resarcitionem, erga omnes autem aequaliter contumax est possessor aedium ruinosarum.

§ VIII.

Sed quid si unus ante alterum in possessionem fuerit missus ex primo decreto, an tunc aequaliter in possessionem erunt mittendi ex secundo decreto, si forte uterque eodem tempore in possessionem mitti desideret? ℟. affirmative (*L.* 15 § 17 *ff. h. t.*): nec obstat quod prius alter fuerit missus ex primo decreto, etenim per illam missionem neuter ipsorum aliquod jus acquisivit, sed tantum quisque eorum consecutus est detentionem custodiae causa; cum itaque neutri ipsorum aliquod jus acquisitum sit, per missionem ex secundo decreto aequale jus acquirunt.

Non obstat, quod is qui prior est tempore potior sit jure; etenim illa regula tantum locum habet, ubi aliquod jus reale in re quaesitum est, et praesertim servatur in pignore, ubi is qui prius accipit pignus, etiam in distrahendo et avocando pignore praefertur caeteris omnibus,qui postea pignus acquirunt: ast, ut jam diximus, in casu nullum jus adhuc acquisiverat is,qui prior est missus ex primo decreto.

§ IX.

Sed quid si unus ante alterum missus esset in possessionem ex secundo decreto, an alter postea mitti petens audietur? ℟. negative;quia is qui prior missus est acquisivit dominium praetorium, quod consequenter ei auferri non debet,atque adeo hic applicari potest regula ante dicta, quod qui prior est tempore potior sit jure. Sed quid tali casu faciet secundus? Petet cautionem ab eo qui primus missus est, et si is cavere detrectet, jure petet mitti in possessionem ex secundo decreto, quo obtento, primo missum expellet (*L.* 15 § 17 *ff. h. t.*).

§ X.

Ubi jam quis missus est in possessionem ex secundo decreto, praetor eum tuetur adversus omnem eum, a quo legitime petita fuit cautio et eam praestare noluit; unde si eam petierit a domino, et, eo nolente cavere, missus sit in possessionem, adversus eum praetor tuebitur: si vero a creditore hypothecario petierit, et eo renitente missus fuerit, adversus eum tuebitur: si ab utroque petierit, adversus utrumque defendetur: si adversus unum tantum, adversus alterum tutus non erit; atque adeo si a domino tantum petierit, non vero

a creditore, adversus hunc non tuebitur, et de hoc casu intellige *L.* 44 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *damni infecti nomine in possessionem missus, possidendo dominium capit, deinde creditor eas aedes pignori sibi obligatas persequi vult, non sine ratione dicetur, nisi impensas quas in refectionem fecerim mihi sit paratus praestare, inhibendam adversus me persecutionem*: dicit ergo, quod si is, qui a domino petierat cautionem, eo nolente cavero, in possessionem missus sit et adeo usuceperit, non impediatur tamen creditor jus quod in ea re habet vindicare, et recte; quia usucapio completa non extinguit jus pignoris; si tamen missus in possessionem aedes ruinosas refecerit, creditorem repellere possit, nisi paratus sit impensas refundere.

In illa lege prosequitur J. C. et quaerit, quid si pignus emisset a debitore, et impensas in refectione fecerit? Et dicit earum rationo non posse possessorem repellere creditorem agentem, et merito; quia possessor voluntarie pignus emit, et adeo, cum illas impensas fecerit in conservationem rei suae, eas recuperare non debet a creditore; sed in priori casu missus ex necessitate in possessionem mittitur, et eadem necessitas urget eum ad refectiones faciendas, ne scilicet damnum ex ruina patiatur; adeoque aequum est ut eas recuperet.

§ XI.

Videamus jam quinam possint hanc cautionem petere. Et quidem verosimile est solum dominum olim eam petere potuisse, sic enim ait Ulpianus in *L.* 13 § 8 *ff. h. t. superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat*; ex quo infertur eos antea non potuisse hanc cautionem petere; igitur si superficiarius cautionem petere non potuerit, multo minus caeteri eam petere potuerunt; superficiarius enim habet jus dominio proximum, postea tamen, ut ex illa lege constat, receptum fuit ut fructuarius et superficiarius hanc cautionem petere possent; quinimo constat ex *L.* 18 *ff. h. t.* non tantum illos in quorum bonis res est, sed etiam eos cujus periculo res est, cautionem petere posse; hinc etiam creditor cautionem exigere potest ratione rei sibi hypothecatae (*L.* 11 *ff. h. t.*); ejus enim periculo res est, quatenus alias amitteret securitatem, quam in re oppignorata habet.

Sed quid jam dicendum de fructuario? Is sane cautionem petere potest ab extraneo, et de eo intelligenda est *L.* 13 § 8 *ff. h t.*, similiter et ipse proprietarius cautionem ab extraneo petere poterit: sed an ipse fructuarius a proprietario, aut viceversa cautionem exigere poterit? Et regulariter petere non poterunt: pro quo notandum, quod haec actio sit remedium extraordinarium, unde non datur ubi alia actio vel aliud remedium competit; remedium autem quod competit fructuario est, quod si restauraverit rem, sicuti facere potest, impensas a proprietario recuperare possit, quod tamen intelligendum non est de restauratione modica: similiter nec proprietarius eam petere potest a fructuario, quia vel agitur de restauratione modica, et ad hanc tenetur fructuarius, vel de non modica, et si eam non fecerit fructuarius, proprietario prospectum erit per cautionem, quae in omni usufructu intervenit, qua tenetur ususfructuarius rem salvam finito usufructu proprietario restituere.

Quid de inquilino dicendum? Ab extraneo quidem cautionem petere poterit (*L.* 13 § 5 *et* 18, § 3 *ff. h t.*): ab ipso autem locatore regulariter cautionem exigere nequit, quia vel tempore initae conductionis aedes erant ruinosae, et tunc imputet sibi quod tales aedes conduxerit, vel ex postfacto factae sunt ruinosae, et tunc habet actionem conducti contra locatorem ut eas restauret: si tamen haberet aedes proprias contiguas, eo casu sane a locatore cautionem exigere poterit: similiter nec locator a conductore cautionem exigere potest, utpote cui incumbit refectio aedium.

Quid de fundo communi? Socius a socio hanc cautionem exigere nequit (*L.* 32 *ff. h. t.*); quia illi jus habent aedes communes reficiendi.

Quid de bonae fidei possessore? Nec hic eam exigere potest, quod mirum videri poterit, habet enim hic jus percipiendi fructus omnes, et usucapione rem facere suam; verum hujus videtur esse ratio, quod, ut monui, solus dominus primitus hoc jus habuerit, quod jus ad alios porrectum est, sed non fuit porrectum ad bonae fidei possessorem, et forte hujus differentiae ratio est, quod alii certent de damno vitando, bonae fidei possessor autem de lucro captando.

Tandem quid de emptore? Hic cautionem petere poterit etiam antequam res ei tradita sit; vi tamen illius cautionis non veniet resarciendum damnum, nisi illud quod post traditionem contingit, quia ante traditionem venditor in re vendita debet praestare custodiam, adeoque ei satis prospectum est, tenebitur ergo venditor cautionem exigere, quod si non fecerit, emptori ad id quod ejus intererit tenebitur; si ergo venditor cautionem exegerit, an per hanc resarciendum veniet damnum, quod re tradita contigerit? R. affirmative, siquidem cautio committitur in favorem emptoris non venditoris, utpote cujus, re tradita, nihil amplius interest.

§ XII.

Nunc videamus quinam cavere debeant? Et generaliter cavere debet omnis is qui rem ruinosam habet, ex qua damnum timetur, quinimo aliquando etiam is cujus res ruinosa non est: ejus rei exem-

Digitized by Google

plum praebet *L.* 13 § 2 *ff. h. t.*, cujus hic est casus. Ultra meas aedes non ruinosas erant aedes Titii ruinosae: periculum erat ne illae, decidendo in meas, meae inciderent in aedes vicini, et hoc casu non tantum a Titio, verum et a me vicinus cautionem exigere poterit; neque hoc iniquum est, etenim ego potero cogere Titium, ut non tantum pro aedibus meis caveat, sed et pro eo quod ego vicino praestare cogerer, si propter lapsum suarum aedium, meae deciderent in aedes vicini.

§ XIII.

Haec cautio aliquando est nuda repromissio, aliquando satisdatio: tunc scilicet repromittitur, quando quis suo nomine et tamquam de re sua cavet: satisdatur vero, quando quis non de re sua, sed tamquam de re aliena cavet; hinc dominus defungitur repromittendo (*L.* 9 § 4 *ff. h. t.*); item bonae fidei possessor, quia licet dominus non sit, tamen, quamdiu dominus non apparet, pro domino habetur, et praeterea cavet de re tamquam sua; si tamen actor probare possit rem esse alienam, possessor satisdare debebit (*L.* 13 *ff. h. t.*).

An hac actione agi poterit adversus creditorem? ℟. affirmative (*L.* 11 *et L.* 15 § 25 *ff. h. t.*), sic ut satisdare cogatur, siquidem caveat tamquam de re aliena. Idem erit de emphiteuta et superficiario; quamvis enim dominium utile habeant, revera tamen domini non sunt, dominus enim ille est, apud quem est dominium directum.

An fructuarius quoque cavere debet? Sane, sic ut vicinus eum satisdare coget, proprietarium vero repromittere; quod si uterque renuat, vicinus in possessionem mittetur; quod si proprietarius repromittat, fructuarius vero satisdare recuset, proprietarius eum prohibere poterit uti frui, si vero fructuarius satisdare paratus sit, et proprietarius cavere detrectet, fructuarius mittetur in possessionem aedium ruinosarum, per quam consequetur idem jus, quod consequeretur vicinus.

§. XIV.

Continet haec cautio indemnitatem ratione periculi imminentis; unde si vicinus fulserit aedes ruinosas, impensas fulturae repetere poterit: item si propter periculum imminens inquilinus migraverit, aut nemo illam domum conducere velit, quod sua interest repetere poterit (*L.* 28 *et* 29 *ff. h. t.*).

Notandum quod praetor cautionem illam interponi jubens, ei inserat diem intra quem, si damnum datum est, resarciendum est, quia durum videbatur praetori vicinum perpetuo teneri ratione damni per aedes suas inferendi; hinc habita ratione periculi futuri diem inserebat; quod si diem per errorem omisisset, tunc ex more regionis et naturae periculi determinandus erat (*L.* 13 § *ult. ff. h. t.*); quod si lapso die damnum adhuc immineret, diem renovabat, ut in *L.* 4 *ff. h. t.*, ubi loco *vel reum notare* legendum est *vel eum renovare*, alias lex illa sensu careret.

Ut haec cautio committatur requiritur, ut vitio loci et intra diem determinatum damnum datum sit; hinc si damnum datum sit casu fortuito vel culpa alterius, quamvis alias res ruinosa esset, damnum resarciendum non veniet vi hujus cautionis, sed actione legis Aquiliae; si culpa damnum contigerit, vide *L.* 24 § 3, 4, 5, 7, 10 *et* 11, *item L.* 43 *ff. h. t.* Pro aestimatione damni vide *L.* 40 *ff. h. t.*

Requiritur quoque ut damnum datum sit in illis rebus, quorum nomine cautio interposita est; hinc si tempore cautionis interpositae unam domum habeam, cujus nomine cautionem exegi, postea aliam acquiram, in qua lapsis aedibus ruinosis damnum datum est, ratione illius domus cautio non committetur (*L.* 18 § 5 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE AQUA, ET AQUAE PLUVIAE ARCENDAE ACTIONE.

§ I. Quid actio aquae pluviae, et requisita ad eam.
§ II. Exponitur *L.* 1 § 2 *ff. h. t.*
§ III. Item *L.* 2 § 5 *eod.*
§ IV. Item *L.* 2 § 6 *eod.*
§ V. Item *L.* 6 *eod.*
§ VI. Item § 4 *L.* 2 *eod.*
§ VII. An haec actio etiam datur, si damnum tantum timeatur.
§ VIII. Contra quos haec actio detur.
§ IX. Ad quid tendit.
§ X. Quandonam cessat.

§ I.

Haec actio tendit ad arcendam aquam pluviam, quae damnum nobis inferre posset. Ad hanc actionem requiritur primo, ut aqua noceat agro; unde si noceat oppido vel aedificio, cessat, sed agi poterit jus non esse stillicidia vel flumina immittendi, et sane, cum haec actio solius agriculturae gratia introducta sit (*L.* 1 § 17 *ff. h. t.*). Secundo, ut sit aqua pluvia quae noceat; unde si quis aggerem fluminis dejecerit, et adeo aqua in fundo meo restagnet, haec actio cessat. Tertio, ut aqua noceat, ita ut non sufficiat lucrum interceptum; hinc cessat in casu *L.* 1 § 11 et 21 *ff. h. t.*, nimirum aqua ex fundo vicini naturaliter in fundum meum defluebat, vicinus aggerem in suo fecit, et sic aquam retinuit; et adeo non tantos quam ante fructus percipiebam, unde quaesitum est utrum haec actio competeret adversus vicinum, ut aggerem dejiceret: respondit J. C. agi non posse hac ratione, *hanc actionem locum habere si aqua pluvia noceat, non, si non prosit*: praeterea, cuilibet licitum est in suo facere quid vult, modo in

alienum nihil immittat, hic autem nil immittit, sed retinet aquas in suum commodum: aliud dicendum foret, si aggerem extruxisset potius ut vicino noceat, quam ut sibi prosit, nam malitiis hominum indulgendum non est, et ita, non quidem hac actione, sed doli pulsari poterit. Quarto requiritur, ut aqua noceat ex opere manufacto; unde si aqua naturaliter ex fundo superiore in meum defluat, haec actio cessat, non enim hic agitur de damno per opus manufactum illato, sed de damno ex natura locorum proveniente, quod quisque aequo animo ferre debet, imo ea est fundorum infimorum conditio, ut superioribus quodammodo servire videantur (*L.* 1 § *penult. et ult. ff. h. t.*).

§ II.

Huc spectat *L.* 1 § 2 *ff. h. t.*, cujus haec est species. Palus erat in fundo superiore, qui identidem ex abundantia aquarum exundabat; aquae ex eo defluentes agro meo nocebant: extruxi aggerem quo aquas excluderem, sed exclusa a meo fundo aqua vicinis nocuit: dicit J. C. vicinos contra me hac actione agere posse, ut aggerem dejiciam et aquis restituam cursum naturalem per meum fundum, et recte, quia per opus manufactum effeci ut aqua vicinis noceret.

Nobis adversatur *L.* 2 § 9 *ff h. t.*, in qua dicitur: *idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentemve acerterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum ut vicino noceatur, agi eum eo aquae arcendae non posse*: inter varias conciliationes praeferenda videtur quam tradunt Donellus et Tuldenus, scilicet, in casu legis objectae J. C. agere de aqua quae necdum ad fundum vicini pervenerat, sed subito venire coepit, quam, ut excluderet, vicinus aggerem fecit, quo casu haec actio dari nequit, cum tantum locum habeat ubi opere manufacto effectum est ut aqua aliter flueret, quam fluere consueverat, quod hic factum non est, cum haec aqua nunquam per fundum vicini fluxerit; ast in casu *L.* 1 aqua jam inde fluxerat, adeoque verum est dicere quod, dum vicinus aggerem extruxit ad excludendam aquam, effecerit ut. opere manufacto, aqua aliter quam solita erat, flueret.

§ III.

Diximus ad hanc actionem requiri nocitum esse opere manufacto: aliquando tamen contingit ut, quamvis stricte loquendo opus manufactum dici non possit, haec actio detur; casum similem exhibet *L.* 2 § 5 *ff. h. t* Erat agger in fundo superiore, qui impediebat quominus aquae inferiori nocerent: impetus aquarum aggerem dejecit: quaesitum est an dominus fundi inferioris hac actione agere possit, ut dominus fundi superioris aggerem reponat, aut reponi sinat: sic loquitur J. C. *Item Varus ait aggerem, qui in funda vicini erat vis aquae dejecit per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret: Varus ait, si naturalis agger fuit non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione ut eum reponat, vel reponi sinat, idemque putat et si manufactus fuit neque memoria ejus extaret, quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum tueri*: tum subjicit sententiam Labeonis, *Labeo autem, si manufactus sit agger, etiamsi memoria ejus non extet, agi posse ut reponatur*; in quibus verbis negatio est transponenda, et ita legendum: *Labeo autem, si manufactus sit agger, etiam si memoria ejus extet, agi non posse ut deponatur*: contextus legis et ratio subjecta hanc correctionem manifeste desiderant: subjicit rationem, *hac actione neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem quod jure facere possit*: quibus verbis hoc volebat Labeo, si haec actio competat contra dominum fundi superioris, tunc ea potius daretur ad lucrum faciendum, quam ad avertendum damnum, quod enim superior mediante aggere aquas mihi nocentes in suo retinet, ibi est lucrum respectu mei; jam autem haec actio non fuit introducta ad lucrum faciendum, sed tantum ad avertendum damnum et sane, ita ex stricta juris ratione; Labeonis tamen sententiam reprobat Paulus in verbis: *quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit etsi jure deficiamur*; Paulus itaque rejecta sententia Labeonis distinctionem Vari approbat: ut, si agger sit naturalis, vel ejus memoria non extet, nulla actio detur; si vero fuerit manufactus et memoria ejus extet, tribuit Paulus utilem actionem: quam decisionem fundat in hac praegnantis aequitatis ratione, quod repositio illa aggeris vicino nocitura non sit, mihi autem profutura, et sane; quod enim tibi non nocet, et alteri prodest, facile concedendum est: quod autem agger ille superiori non noceat, probatur ex eo quod longo tempore eum stare permiserit, si autem nocuisset, mature eum dejecisset.

Obj. Nemo tenetur pati alterum in suo fundo aliquid facere volentem, nisi servitutem debeat; in casu autem nulla servitus imposita est. R/. Haec ita esse stricto jure fatemur; ast inspecta aequitate contrarium receptum est, quatenus repositio aggeris inferiori profutura est, superiori autem nihil nocitura, et adeo favor agriculturae exposcebat ut actio accomodaretur.

Obj. Nemo debet constringi in dominio rei suae in commodum alterius. R/. Hoc verum est, ubi id fieret cum injuria domini; in casu autem nulla domino fit injuria, siquidem ipsemet aggerem illum

posuerit, et eum per tanta tempora extare permiserit, donec impetu aquarum dejiceretur, et ita satis ostenderat illum aggerem sibi non nocere; itaque si, aggere dejecto, impedire vellet quominus inferior eum reponat, non concederet quod sibi non nocet, et alteri prodest.

Obj. *L.* 1 § 22 *ff. h. t.*, in qua proponitur quod superior aggerem sustulerit, quo sublato, aquae defluentes in fundum inferiorem ei nocebant: et dicit J.C. inferiori nullam competere actionem. ℟. Disparitas est, quod ubi superior ipsemet aggerem sustulit, praesumendum sit quod ei noceret; unde nolens permittere inferiori, ut agger reponatur, dolose agere videri nequit. Ast in casu nostro, non facto domini, sed impetu aquarum fuerat dejectus; unde eum eum tamdiu stare permiserit, praesumitur quod ei non noceret, et ita volens impedire inferiorem quominus aggerem reponat, dolose agere videretur.

§ IV.

In *L.* 2 § 6 *ff. h. t.* hic casus proponitur. Aqua fluens stercore iter suum obstruxerat, sicque retagnabat in fundo superiore: quaesitum est, an superior haberet aliquam actionem contra inferiorem? Et sane non poterat habere actionem, quo cogeret inferiorem aquaeductum purgare; sed Namusa credebat, et recte, superiorem agere posse adversus inferiorem, ut is purgari sinat, his verbis: *hanc actionem non tantum de operibus manufactis esse utilem, verum etiam in omnibus, quae non secundum voluntatem sint.* Namusae contrarius erat Labeo, qui putabat in casu nullam actionem contra inferiorem competere; rationem qua movebatur subjicit: *naturam agri ipsam a se mutari posse, et ideo cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit, idcirco et si terrae motu aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse in pristinam loci conditionem redigi.* Verum Paulus sententiam Namusae praetulit, et sane; magna enim datur disparitas inter casum nostrum, et casum quem fingebat Labeo, scilicet, casus Labeonis talis est, ut soli forma prorsus immutetur, quo casu sane adversus neminem actio dari potest, sed quisque aequo animo ferre debet damnum vi majore rebus suis illatum; sed in casu nostro soli forma mutata non erat, cum tantum aliquid per modum operis in ejus superficie jaceret, ad quod tollendum utilitas agriculturae exposcebat, ut actio adversus inferiorem daretur, qua pati deberet, ut tollatur.

§ V.

In *L.* 6 *ff. h. t.* hic casus proponitur. Inferior in suo opus fecit, ex quo aqua pluvia per fundum medium in fundo meo superiore restagnat: et dicit J. C. quod non tantum habeam actionem contra dominum fundi inferioris, sed etiam adversus dominum fundi intermedii; ratio est, quod ego non tenear aquam ex fundo intermedio in meum recipere, etenim haec est quidem natura locorum, ut aquae ex fundis superioribus in inferiores derivent, sed non ut ex inferiori refluant in superiores; non etiam teneor vi servitutis, quia, ut supponitur, nulla servitus fundo meo erat imposita; itaque dominus fundi intermedii non jure immittebat aquas ex suo fundo in meum.

Nec obstat quod dominus fundi intermedii illud opus non fecerit; nam hic potuit impedire quominus opus construeretur in inferiori, quod non prohibens, aquas in meum fundum superiorem immittere intelligitur: quod si forte inferiorem prohibere non potuerit, quia v. g. servitutem in suo fundo imposuerat, imputet sibi quod jam damnum suo facto patiatur.

Obj. Nemo tenetur avertere damnum, quod per alterum alteri infertur. ℟. quod dominus fundi intermedii non tam teneatur hac actione, quod opere manufacto in inferiori fundo aquae superiori noceat, quam quod ex fundo intermedio aqua contra naturalem cursum in superiorem immittatur, quod superior pati non tenetur.

Obj. quod etiam dominus fundi superioris potuerit impedire, quominus inferior opus faceret aeque ac dominus fundi intermedii. ℟. Ratio praecipua, cur dominus fundi intermedii hac actione teneatur, non est, quod potuerit impedire inferiorem quominus opus faceret, sed ibi tantum est conditio sine qua non, quatenus alias nunquam potuisset hac actione teneri; sed haec est, quod ex fundo intermedio aqua fluat contra naturalem suum cursum, et adeo non jure in superiorem immittatur.

Obj. *L.* 2 § 1 *ff. h. t.*, in qua proponit Labeo quod daretur vetus fossa agrorum exsiccandorum causa, cujus memoria non extaret, hanc vicinus inferior non purgabat, et adeo aquae restagnantes vicinis nocebant: et dicit dominum non teneri ad fossam purgandam, sed tantum ad praestandam patientiam ut purgetur. ℟. Ratio est, quod in illo casu agatur de exercitio quasi servitutis, quatenus ejus fossae non extaret memoria, et ita vicinus in illa fossa recipere deberet aquam ex fundis vicinis defluentem; jam autem dominus fundi servientis non tenetur ad factum, sed tantum ad patientiam; hinc est quod dominus fossae tantum conveniri possit ut patiatur fossam purgari. Sed in nostro casu non agitur de exercitio quasi servitutis, sed tantum de eo, quod dominus fundi intermedii aquam non jure immittat in superiorem; hinc est quod directo ad factum purgationis conveniri possit.

§ VI.

Occasione § *praeced.* explicandus venit § 4 *ejusd. L.*, in quo contrarium statui videtur. Nimirum dicitur apud Aretium relatum esse, vicinum, in cujus fundo fossa extat, et in quam aquae superiorum fundorum defluunt, cogendum esse purgaro, sivo fossae momoria extet, sive non; ast non recte sensum hujus plurimi acceperunt, scilicet per vicinum J. C. non intellexit dominum fossae, sed dominum praedii, qui ex illa fossa aquam ducebat in suum fundum ad eum forte irrigandum; quod probatur ex eo quod J. C. dicat vicinum fossae purgare debere; jam autem dominus fossae non est vicinus ejusdem, siquidem in ipsius praedio fossa existat; ergo per vicinum intelligendus est inferior, qui ex illa fossa aquam in suum fundum ducebat.

§ VII.

Haec actio competit non tantum si damnum jam datum sit, sed et etiam si damnum timeatur futurum, si modo juste timeatur (*L.* 1 § 1 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Haec actio personalis est, ut constat ex *L.* 6 § 5 *ff. h. t.*, non enim oritur ex aliquo jure reali, sed ex facto, actiones autem ex facto proficiscentes sunt personales: non est tamen mere personalis, sed etiam est in rem scripta, et adeo adversus tertios possessores datur, cum aliqua tamen differentia; et quidem, si agatur adversus eum qui opus fecit, ipsemet suis sumptibus demoliri debebit; si autem adversus tertium possessorem, tantum peti debebit ut demoliri sinat, ita ut sumptus demolitionis ferat actor; hine juxta *L.* 11 § 2 *ff. h. t.* si unus sociorum altero ignorante in fundo communi opus fecerit, ex quo aqua pluvia nocet, adversus eum qui opus fecit agi poterit, ut opus demoliatur suis sumptibus: contra eum antem, qui non fecit, tantum agi poterit ut demoliri sinat.

Nec facit quod hic sumptus in demoliendo factos per actionem pro socio vel communi dividundo recuperare posset ab eo, qui opus fecit; quia juxta *L.* 171 *ff. de reg. jur.* non ideo quis obligatur quia recepturus est ab alio quod praestitit; et profecto etiam sibi imputet actor, quod non egerit adversus eum, qui opus fecit; si enim contra hunc egisset, demolitio ejus sumptibus facienda fuisset.

Sed an actor sumptus in demoliendo factos a nemine recuperare poterit? ℟. Affirmative, scilicet per interdictum *quod vi aut clam* contra eum, qui opus fecit, si modo opus vi aut clam extructum fuerit; alias a nemine impensas recuperare poterit.

Quid si agatur hac actione contra heredem ejus, qui opus fecit? Cum heres personam defuncti repraesentet, ae in omne jus ejus succedat, conveniri poterit ut ipsemet suis sumptibus demoliatur (*L.* 6 § 7 *ff. h. t.*).

§ IX.

Tendit haec actio non tantum ad restitutionem operis facti, sed et insuper ad resarcitionem damni, quod ex opere facto nobis datum est, sic tamen ut illud tantum damnum resarciendum veniat, quod post litem contigit, non etiam illud, quod ante litem contestatam datum est (*L.* 6 § 6 *ff. h. t.*): in eoque similis est haec actio cautioni de damno infecto, per quam etiam tantum resarciendum venit illud damnum, quod post cautionem praestitam supervenit.

Quid igitur si damnum non sit datum ante sententiam, sed tantum contigerit jam lata sententia, antequam opus destruatur? ℟. Nec hoc damnum veniet resarciendum (*L.* 14 § 3 *ff. h. t.*): quod si tali casu damnum timeatur futurum, scilicet post sententiam, agendum erit actione de damno infecto (*d. L.* 14 § 1).

§ X.

Cessat haec actio, si aqua aliter noceat quam ex opere manufacto, v. g. si aqua naturaliter noceat defluens ex fundo superiore. Cessat, si aquam quis pati teneatur vi servitutis v. g. vel alterius conventionis. Cessat, si a tempore immemorabili continuo sic aqua fluxerit (*L.* 1 § *ult. et L.* 2 *ff. h. t.*). Cessat, si aqua quidem noceat ex opere manufacto, sed tali, quod factum est agri colendi causa, quo spectant *L.* 1 § 3, 4, 5, 6, 7, 8 *et* 9, *L.* 24 *princ.* § 1 *et* 2 *ff. h. t.*: in § 5 J. C. quaerit, an quis agri sui colendi causa possit sulcos aquarios facere, et ait posse, si modo non sint transversi vel convergentes, sic ut in unum non congregentur aquae, et ita forte per modum fluminis in inferiorem defluant.

TITULUS IV.

DE PUBLICANIS, VECTIGALIBUS, ET COMMISSIS.

§ I. Vectigalia quid sint, et quis ea imponere possit.
§ II. Potest princeps aliquem eximere a solutione eorum.
§ III. Quinam dicantur publicani, et quinam a conductione vectigalium arceantur.
§ IV. Specialia quaedam in conductione vectigalium.
§ V. Quae actio prodita sit adversus publicanos modum excedentes in exigendis vectigalibus.
§ VI. De poena eorum, qui defraudant vectigalia, vel impediunt ea tolli a publicanis.

§ I.

Vectigal est quidquid emolumenti ex certis re-

bus ad publicum usum capitur et exigitur: ea solus princeps imponere potest, nec cuiquam licet semel imposita minuere vel augere (*L.* 10 *ff. h. t.*); jus enim imponendi tributa inter jura majestatica refertur, et ubi vectigalia imposita sunt, quilibet ea solvere tenetur, non tantum in foro externo, sed et in interno solvendi incumbit obligatio, siquidem jure perfecto ea principi debeantur; nam si princeps ex causa utilitatis publicae potest subditos dominio rerum suarum privare, quanto magis potest imponere tributa, nec eo pretextu subditi ea recusare possunt, quod eorum impositio necessaria non sit, quia, modo caetera requisita adsint, non est subditorum examinare an justa sint.

§ II.

Potest princeps ex justa causa aliquos eximere a solutione eorum, v. g. ob merita in rempublicam: si hodiedum legati qui in aliena regna mittuntur gaudent immunitate a solutione vectigalium ratione rerum, quas usus sui causa invehi jubent, modo epistolam sua manu scriptam dent vectoribus, per quam hi, qui vectigalibus exigendis praesunt, videre possint quae res et in qua quantitate invehuntur, ne sub eorum nomine vectigalia defraudentur ab illis, quibus ejusmodi rerum invectionem committunt.

§ III.

Publicani sunt, qui publica vectigalia conducta habent. Ea autem conducere non possunt reliquatores, seu qui praecedentis locationis summam integram non exsolverunt (*L.* 9 § 2 *ff. h. t.*); debitores fisci aut reipublicae, nisi fidejussores offerant, qui eorum debita satisfacere possint (*L.* 9 § 3 *ff. h. t.*); tutores et curatores, quia eorum bona oexu hypothecae pupillis suis vinculantur; filiifamilias, saltem jure Romano.

§ IV.

Quaedam in hac conductione singularia sunt: sic si quis tempore conductionis summum lucrum fecerit, et finita conductione vectigalia tanti amplius elocari nequeant, conductor etiam invitos in earumdem conductione perseverare debet et eodem pretio: ita quoque, si plures simul vectigalia conduxerint, et separatim partes administrent, si unus eorum facultatibus labatur, alter jure petet ut in se portio ejus transferatur (*L.* 9 § 5 *ff. h. t.*); singulare tamen non est, quod si plures, contracta societate, vectigalia conduxerint, societas morte unius non dissolvatur, imo heres socii admittatur, quia hic potius locatio initur quam societas.

§ V.

Adversus publicanos modum in exigendis vectigalibus excedentes praetor concepit edictum extans in *L.* 1 *ff. h. t.*, quo cautum, ut si publicani plus justo exigant vim inferendo, actione in factum teneantur ad quadruplum: quod si sine vi hoc contigerit, ad duplum teneantur.

§ VI.

Sicuti autem publicani puniendi sunt quando modum excedunt, reciproce quando se intra modum continent, tuendi sunt; unde, contra eos, qui publicanos impediunt in exactione vectigalium, prodita est poena arbitraria et extraordinaria; illi vero, qui quidem non impediunt, sed vectigalia defraudant, praeter poenam commissi, adhuc pecuniariam, imo aliquando corporalem incurrunt.

Notandum poenam commissi seu confiscationis ipso jure incurri, adeo ut dominium rerum quarum nomine vectigalia defraudata sunt, illico in publicanum transeat, et ita dominii hujus persecutio contra heredem datur, et tertium possessorem (*L.* 8 *et* 14 *ff. h. t.*). Haec tamen poena exspirat quinquennio elapso (*L.* 2 *cod. h. t.*).

TITULUS V.

DE DONATIONIBUS.

TITULUS VI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS, ET CAPIONIBUS.

Hos titulos repete ex *Heincce. Recit tit.* 9 *lib.* 2.

LIBER QUADRAGESIMUS

—

TITULUS I.

DE MANUMISSIONIBUS.

TITULUS II.

DE MANUMISSIS VINDICTA.

Hos titulos repete ex *Recit. Hein. tit.* 5 *lib* 1.

TITULUS III.

DE MANUMISSIONIBUS, QUAE SERVIS AD UNIVERSITATEM PERTINENTIBUS IMPONUNTUR.

Manumissiones servorum universitatis fieri posse per syndicos in hoc *tit.* traditur.

TITULUS IV.

DE MANUMISSIS TESTAMENTO.

TITULUS V.

DE FIDEICOMMISSARIIS LIBERTATIBUS.

Repete ex locis mox citatis.

TITULUS VI.

DE ADEMPTIONE LIBERTATIS.

In hoc *tit.* dicitur libertatem testamento datam revocari posse, sicuti omnes ultimas voluntates.

TITULUS VII.

DE STATU LIBERIS.

Statu liberi dicebantur qui in tempus aut sub conditione destinatam habebant libertatem.

TITULUS VIII.

QUI SINE MANUMISSIONE AD LIBERTATEM PERVENIUNT.

Sine manumissione ad libertatem perveniebant, qui necem domini detexerat, qui facinorosos homines detulerat, vel qui ea lege a dominis erant venditi ut manumitterentur, vel prostituti contra conditionem venditioni adjectam.

TITULUS IX.

QUI ET A QUIBUS MANUMISSI LIBERI NON FIUNT, ET AD LEGEM AELIAM SENTIAM.

Erant casus, quibus manumissi liberi non fiebant, ut oppignorati, manumitti prohibiti, qui domino libertatem vi extorserant etc. Caetera repete ex *Recit. Hein. tit.* 6 *lib.* 1.

TITULUS X.

DE JURE AUREORUM ANNULORUM.

Aureos annulos primitus gestabant legati, deinde senatores, postea equites romani et tribuni; porro ad plebeios hoc beneficium porrectum est, sic ut ingenui aureos, libertini argenteos, servi ferreos gestarent: jus tamen aureorum annulorum libertinis etiam concedebatur, quando censum equestrem, hoc est quadraginta millia in bonis acquisiverant.

TITULUS XI.

DE NATALIBUS RESTITUENDIS.

Restitutio natalium erat beneficium principis, quo libertini ita fiebant ingenui ac si nunquam in servitute fuissent; differebant ab iis, qui jus aureorum annulorum impetraverant, quod hi, non illi adhuc tenerentur jure patronatus erga dominos suos.

TITULUS XII.

DE LIBERALI CAUSA.

Liberalis causa dicitur in qua quaeritur an quis sit ingenuus, an libertinus, an servus: in hac causa hoc singulare erat quod, causa mota, litigans constitueretur interim in possessione libertatis.

TITULUS XIII.

QUIBUS AD LIBERTATEM PROCLAMARE NON LICET.

Ad libertatem proclamare non potest, qui per vim alteri ereptus est, vel major ao annis, qui se venumdari passus est, ut de pretio participaret.

TITULUS XIV.

SI INGENUUS ESSE DICATUR.

Ingenuus, qui bona fide serviens manumittebatur, ad ingenuitatem intra quinquennium proclamare poterat; verum ex constitutione Justiniani etiam post quinquennium quaestio haec agitari potuit.

TITULUS XV.

NE DE STATU DEFUNCTORUM POST QUINQUENNIUM QUAERATUR.

Romani, manes defuncti turbare, impium habentes, constituerunt quaestionem status defunctorum moveri non posse, si ageretur de retractando statu, in quo defunctus vixerat, in deteriorem, v. g. si quis revera servus pro libertino mortuus sit; in meliorem vero conditionem, puta, ut qui tamquam libertinus decessit, ingenuus probetur, agi posse constat; verum, cum status viventis plerumque dependeret a statu mortui, v. g. an Titius servus sit, an libertinus, hoc dependebat a statu matris ejus, his casibus quaestio status defuncti moveri poterat intra quinquennium a die mortis numerandum, quo elapso, nec privatis, nec fisco de statu defuncti agere licebat.

TITULUS XVI.

DE COLLUSIONE DETEGENDA.

Collusio hic est praevaricatio ejus, qui ita cum servo aut libertino simulate agit, ut pro libero ingenuove habeatur. Ut huic fraudi obviam iretur, constitutum, ut si quis intra quinquennium fraudem hanc detexisset, dominus patronusve efficeretur ejus, qui judicio collusorio liber aut ingenuus fuisset pronunciatus.

a

LIBER QUADRAGESIMUS PRIMUS

TITULUS I.

DE ACQUIRENDO RERUM DOMINIO.

Dominium recte definitur, jus de re aliqua libere disponendi, nisi jure aut conventione prohibeatur; in hoc autem titulo, ut rubrica designat, agitur de acquirendo rerum dominio. Acquiruntur vero rerum dominia vel jure gentium secundario, vel jure civili; jure naturae aut jure gentium primario dominia non acquiruntur, quia initio mundi ac in statu naturae omnia bona erant communia, hic igitur tantum agitur de acquirendo rerum dominio jure gentium. Eo autem jure duobus modis dominia acquiruntur, scilicet facto nostro, vel vi et potestate rei nostrae; ad priorem modum referuntur occupatio, traditio, perceptio fructuum, et specificatio; ad posteriorem referuntur accessio, et confusio, sed de his ad *Heineccium* more nostro remittimus *tit. 1 lib. 2 recitat.*; restaret agendum de perceptione fructuum et traditione; ast de perceptione fructuum jam diximus Sub *tit. de petitione hereditatis*; unde hic tantum agemus de acquisitione dominii per traditionem.

§ I. Quid sit traditio.
§ II. Illam dividemus in suas species.
§ III. De ficta traditione.
§ IV. De effectu traditionis et an ea semper requiratur ad translationem dominii.
§ V. An nudum factum traditionis, sufficiat ad translationem dominii, an vero requiratur talis traditio, quae transferat vacuam possessionem.
§ VI. De potestate et voluntate transferendi dominium per traditionem, qua occasiona ostendemus antinomiam inter *L. 18 ff. de reb. cred.*, et *L. 36 ff. h. t.*
§ VII. An ut quis transferat dominium alicujus rei, debeat scire illam esse suam.
§ VIII. An in venditione transeat dominium, pretio necdum soluto.
§ IX. Tandem agemus de realisatione moribus nostris requisita ad dominii translationem.

§ I.

Traditionem multi cum Cujacio definiunt, quod sit datio possessionis; ast ea definitio minus recta videtur, cum et res dicatur tradi commodatario, depositario etc., qui tamen possessionem non habent, per traditionem: nec quis dicat hic agi de traditione in ordine ad translationem dominii, atque ea ratione dictam definitionem subsistere, nam, ut postea videbimus, translatio vacuae possessionis necessaria non est ad dominium transferendum; melius itaque traditio definitur, pro rebus mobilibus, quod sit de manu in manum datio, pro immobilibus vero, quod sit inductio in fundum, domum aut aliam rem immobilem.

§ II.

Traditio dividitur in veram, quasi-traditionem, et fictam. Vera tantum cadit in res corporales; quasi-traditio in incorporales, quia res incorporales naturaliter tradi non possunt, sed ubi de earum translatione agitur, solet aliud factum adhiberi, quod vice traditionis fungitur; v. g. in servitutibus, quae incorporales sunt, ubi de earum constitutione agitur, aliud factum debet intervenire, ut constituantur; et quidem plerumque constituuntur per usum et exercitium ex parte domini praedii dominantis, et patientiam ex parte domini praedii servientis, quae in constitutione servitutis vice traditionis funguntur. Ad hanc quasi-traditionem proxime accedit symbolica, quae in eo differt a quasi-traditione, quod etiam adhibeatur in rebus corporalibus, ubi quasi-traditio tantum concernit res incorporales.

§ III.

Traditio ficta est dum neque vere, neque quasi res traditur, sed fingitur intervenisse traditio; cum autem nunquam sint admittendae fictiones, nisi in jure sint expressae, ultra casus in jure expressos ficta traditio admittenda non est. Differt traditio ficta a symbolica, quod in ficta nullum factum corporale aut externum adhibeatur, ubi in symbolica requiritur factum aliquod: exemplum traditionis symbolicae exhibet § 45 *inst. h. t.*, ubi frumenti venditi et in horreo repositi traditio fit per traditionem clavium ipsius horrei: fictae traditionis exemplum praebet *L. 15 ff. de reb. cred.*, in qua proponitur quod aliquis jusserit debitori suo ut pecuniam sibi debitam alteri solveret, cum alter a se mutuum peteret, et dicit Ulpianus: *mutuum videri contractum inter creditorem et illum tertium qui mutuum rogaverat, quamvis tamen ad mutuum requiratur, ut dominium pecuniae a mutuante transeat in mutuatarium, atque adeo mutuans suam pecuniam numeret mutuatario*; quia scilicet tali casu fingitur debitorem solvisse pecuniam creditori, et tum creditorem eam pecuniam numerasse mutuatario, quod utilitatis causa et favore commercii in casu receptum est: tum postea quaerit J.C. quid si quis mihi pecuniam deberet ex causa mandati, et is me rogaverit ut eam pecuniam retinere posset tamquam mutuam, an fiat mutuum, quasi scilicet is pecuniam ex causa mandati debitam mihi solvisset, et solutam ei retro ex causa mutui tradidissem, atque ita vi fictae traditionis mutuum contrahatur: et decidit mutuum intelligi contractum vi illius fictae traditionis. Ast his aperte contradicit Africanus in *L. 34 ff. mandati*,

Digitized by Google

ubi eundem casum proponens respondit, mutuum non contrahi, quia dicit alioquin ex omni contractu nuda pactione mutuum contrahi posset. Praeferendam tamen putamus sententiam Ulpiani; cum enim ex causa utilitatis publicae et favore commercii id in altero casu, ut diximus, esset receptum, merito Ulpianus credit ad nostrum casum ex eadem ratione esse extendendum, nam ut ipse Ulpianus in *L.* 13 *ff. de legibus etc.* ait, *quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est*, *bona occasio est*, *caetera*, *quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.* Neque obstat argumentum quo utebatur Africanus, quodque videtur desumptum ex *L.* 14 et 15 *ff. eod.* scilicet, quod in priori casu contra communes juris regulas id esset receptum, atque adeo non sit extendendum ad consequentias; etenim id quidem verum est, si sit dispar ratio; ast ubi eadem prorsus adest ratio, id fieri potest: neque obstant *L.* 14 et 15 *cit.*, in quibus dicitur quod ea quae contra juris rationem recepta sunt non sint extendenda ad consequentias, et quidem, ut plerique volunt, quamvis sit eadem ratio, aliud enim est eliquid recipi contra juris rationem, aliud contra communia juris principia; ea scilicet quae contra juris principia recepta sunt, possunt extendi ad consequentias, si modo prorsus eadem sit ratio: de his autem non agitur in *L.* 14 et 15, sed potius in *L.* 13; ast ea, quae contra juris rationem recepta sunt, non possunt extendi ad consequentias, quamvis sit eadem ratio; jam autem in priori casu id non erat receptum contra juris rationem, sed tantum contra communia juris principia, erat enim receptum ex utilitate publica et favore commercii.

§ IV.

Qualiscumque sit traditio, sive vera, sive quasi, sive ficta, per eam transfertur dominium, si modo caetera concurrant, quae necessaria sunt ad translationem dominii, de quibus in decursu dicemus. Sed an semper necessaria est traditio ad translationem dominii? Et quidem satis constat quod, ut dominium per ultimam voluntatem transferatur, traditio non sit necessaria; etenim ultimae voluntati par vis tributa est, quae ipsi legi, unde sicuti leges sine traditione ipso jure possunt transferre dominium, sic etiam ultima voluntas.

Similiter satis constat quod, ut dominium per actum inter vivos transferatur, traditio de jure civili sit necessaria, sed an eadem etiam de jure naturae ad translationem dominii requiritur? Vult quidem Vinnius (*inst. h. t.*) jure naturae eam etiam requiri; ast contraria sententia multo verior est, hisque rationibus probatur: quod jus quod in aliqua re plene et perfecte adepti sumus, quodque a persona nostra separari potest, ita ut eidem non cohaereat, in alterum transferre possumus, modo concurrant ea, quae requiruntur ad effectum actionum moralium; haec autem in duobus consistunt, scilicet, in internis et externis; interna, quae requiruntur, sunt vera et deliberata voluntas agendi id, quod actus ex natura sua importat, item potestas; externa consistunt in signis et indiciis, quibus ista voluntas manifestatur: haec autem possunt esse varii generis, scilicet eam voluntatem non tantum designat traditio, sed etiam verba, scriptura, aliaque indicia eam sufficienter demonstrare possunt; dicendum ergo traditionem jure naturae necessariam non esse ad dominii translationem, sed eam introduxisse jus civile ex variis causis; 1.° ne nimis facile una et eadem res subjiciatur variis alienationibus, homines que nimis facile deciperentur; posset enim aliquis, postquam rem uni donasset et necdum tradidisset, eandem rursus alteri donare et tradere, quo casu, inspecto solo jure naturae, prior esset dominus; 2.° ut sic tanto melius ac certius constaret de voluntate transferendi dominium; quamdiu enim aliquis adhuc rem penes se retinet, tamdiu adhuc ostendit aliqualem affectionem rem sibi retinendi; ast eam affectionem se exuisse ostendit, ubi eam rem alteri tradit, ac se privat facultate eadem postea utendi; cum autem translatio dominii sit perpetui et peremptorii praejudicii, merito leges requisiverunt signa certa, et prorsus indubitata de voluntate transferendi dominium.

Ante dictis non obstat quod praecipuus effectus acquisiti dominii consistat in facultate eodem utendi, antequam autem tradatur ea facultas non adest, etc. R/. Etenim effectus dominii acquisiti non tam consistit in facultate utendi, quam potius in jure eodem utendi, atque adeo, cum fieri possit ut quis habeat jus utendi, quamvis facultatem non habeat, dicendum eam facultatem, atque adeo traditionem jure naturae non requiri ad dominii translationem.

Non obstat etiam quod, juxta ante dicta, dominium definitur jus de re aliqua libere disponendi, antequam autem res tradatur de re libere disponere non possim; nam admodum distinguenda sunt haec duo, jus disponendi, et facultas disponendi, quae duo in objectione confunduntur: scilicet dominium consistit quidem in jure disponendi, non tamen absolute in facultate disponendi; sic si fur rem meam abstulerit, quamdiu ea res est apud ipsum, jus quidem disponendi habeo, non tamen facultatem.

Non obstat etiam § 45 *inst. h. t.*, ubi imperator sic loquitur: *per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur*; ex quo inferunt, quod traditio de jure naturae ad translationem dominii requiratur; ast non eam fuisse mentem imperatoris satis manifeste designent verba immediate sequentia, dum ait *nil est tam conveniens naturali aequitati*, *quam voluntatem domini volen-*

Digitized by Google

tis rem suam in alium transferre ratam haberi.

Tandem nec obstat *L.* 1 § 1 *ff. de acq. vel amitt. poss.*, ex qua Vinnius et alii sic ratiocinantur: nullus facto suo dominium alicujus roi sibi acquirit, nisi cujus manui et potestati sit subjecta; atqui ante traditionom manui ot potestati nostrae subjecta non est; ergo etc. ℟. In ea lege agitur de acquisitione originali, sive de ea, qua acquiruntur res, quae, eo tempore, quo de ipsarum acquisitione agitur, dominum non habent, ad quarum acquisitionem non mirum requiri, ut potestati nostrae subjiciantur, ut sic mediante tali facto a communione, in qua hactenus existunt, eximantur; et imperatorem do tali acquisitione egisse satis ostendunt omnia exempla, quae ibidem subjicit. Ast nos egimus de acquisitione derivativa, qua scilicet acquiruntur res, quae jam inde existunt in dominio alicujus, cujus proindo sola voluntas ad translationem dominii sufficit.

§ V.

Quaeritur utrum ad translationem dominii nudum factum traditionis sufficiat, an vero requiratur talis traditio, quae transferat vacuam possessionem, id est possessionem liberam ab omni alio detentore: v. g. Titius fundum meum possidet, ego autem habeo argumenta certissima, quibus probare possum dominium mihi in isto fundo competere, invenio aliquem qui, his instrumentis persuasus, eum fundum emere vult: ipsi vendo, eumque induco in possessionem: quaeritur, an dominium in emptorem transtulerim? ℟. Sane, si ad translationem dominii non sufficiat nudum factum traditionis, sed ulterius requiratur, ut vacua possessio in accipientem transferatur, emptor non erit factus dominus per inductionem; si vero sufficiat nudum factum traditionis, emptor erit factus dominus, et putamus solum factum traditionis, absque eo quod vacua possessio transferatur, sufficere; etenim, ut in § *praeced.* vidimus, nequidem traditio de jure naturae requiritur ad dominii translationem, sed solo jure civili; leges autem civiles ad translationem dominii requirentes traditionem simplici facto traditionis fuerunt contentae; lex enim 20 *cod. de pact. et* § 40 *inst. h. t.* non plus exigunt quam nudam traditionem, uti et aliae leges hac de re tractantes; nullo ergo jure translatio vacuae possessionis ad dominii translationem exigitur. Insuper leges civiles requirentes traditionem ad translationem dominii, eam praecipue requisiverunt, ut melius ac evidentius constaret de voluntate transferendi dominium; jam autem, sive per traditionem transferatur vacua possessio, sive tantum nudum factum traditionis interveniat, factum traditionis est idem, signaque externa sunt eadem, nec minus utroque casu de voluntate transferendi dominium constat. Insuper dominium est juris, possessio econtra est facti, saltem quod attinet substantiam ejusdem, haec enim consistit in detentione rei cum animo sibi habendi, quorum utrumque in facto consistit; unde etiam J. C. in *L.* 12 § 1 *ff. de acq. vel amitt. poss.* et in *L.* 1 § 2 *ff. uti possid.* dicit, causam possessionis esse diversam a causa proprietatis, neque proprietatem quidquam habere commune cum possessione; sicuti ergo possessio potest transferri absque eo quod dominium transferatur, sane pari ratione dicendum etiam dominium posse transferri absque possessione. Tandem id evidenter probat *L.* 16 *ff. de fund. dot.*, in qua dicitur: *si fundum, quem Titius possidet bona fide et longi temporis possessione poterat sibi quaerere, mulier, ut suum, marito dedit in dotem*; agit igitur de casu, quo possessio fundi non erat penes mulierem, sed alium, et tamen supponit mulierem ejusdem interim posse transferre dominium, ut clare probatur ex verbo *dedit*, dare enim importat transferre dominium. Nec quis dicat hic agi de casu, quo fundus tantum esset promissus in dotem, non autem traditus, contrarium enim evincit verbum *dare*; item quod juxta *L.* 5 *ff. solut. matr.* tunc tantum praedium dotale constituitur, ubi praedium est traditum; jam autem J. C. in *L.* 16 supponit fundum dotalem esse constitutum: praeterea J. C. supponit marito competere actionem contra Titium tertium possessorem; atqui haec ei competere non posset, nisi traditio esset subsecuta; ergo etc.

Obj. quod si ad translationem dominii non requiratur translatio vacuae possessionis, tunc, si forte is, qui tradidit, non esset dominus, accipiens non acquireret conditionem usucapiendi; atqui tamen principium juris nostri est, quod ex ea causa, ex qua quis, si rem acciperet a vero domino, acquireret dominium, ex eadem causa, si accipiat a non domino, acquirat conditionem usucapiendi. ℟. Illa regula non semper procedit, sed tunc demum, si supponantur adesse caetera requisita ad usucapionem, quales sunt bona fides et possessio, praeter titulum; in casu autem deest possessio, quae constituit praecipuum usucapionis fundamentum.

Obj. adhuc quod non possit res vere dici tradita, nisi transferatur vacua possessio, quod probatur per *L.* 3 § 1 *ff. de act. empt.*, in qua dicitur: *si quis fundum dari stipuletur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligatur.* ℟. Id quidem verum est, ast non ex eo provenit, quasi translatio vacuae possessionis necessaria esset ad translationem dominii; sed ex eo sequitur quod is, qui fundum dari stipulatur, ejus sane intentionis sit, ut eum sibi in perpetuum habere liceat, atque eodem uti.

§ VI.

Praeter traditionem, ad translationem dominii adhuc requiritur voluntas in tradente transferen-

Digitized by Google

di dominium, et voluntas in accipiente illud acquirendi, item potestas in tradente, et capacitas sive habilitas in accipiente. Et quidem requiritur potestas in tradente, id est, ut is sit dominus rei, quam tradit, alioquin tradendo, dominium non transferret, nisi id faceret ex voluntate domini: excipitur tamen tutor et curator, qui, quamvis domini non sint, neque rem tradant ex voluntate domini, ejusdem dominium tamen transferunt, si modo agatur de re mobili, et id non fiat donationis causa; quia illi, quod administrationem attinet, pro dominis habentur, donare autem non pertinet ad administrationem; quod autem attinet res immobiles, in illis requiritur decretum praetoris, ut dominium per traditionem transferant, de quo latius sub *tit. ff. de rer. cor. qui sub tut. etc.* Nec tantum sufficit tradentem esse dominum, sed insuper requiritur ut habeat alienandi potestatem, nec ea ipsi aliqua lege aut conventione sit interdicta, quod vel fieri potest ex conditione ipsius alienantis, uti in minoribus et pupillis, vel ex conditione ipsius rei v. g. fundi dotalis, vel ex ratione causae, propter quam in favorem certarum personarum alienatio prohibita est, ut v. g. donatio inter virum et uxorem. Similiter requiritur potestas, sive habilitas in accipiente; hinc, si res immobilis tradatur manui mortuae, dominium non transibit. Sicut autem requiritur potestas ex parte utriusque, sic etiam requiritur voluntas in utroque; cum autem voluntas nostra non soleat moveri, nisi aliqua causa praecedente, hinc etiam ex parte utriusque requiritur ut praecedat titulus translativus dominii, quales sunt emptio venditio, donatio, permutatio; si autem talis causa non praecedat, dominium non transibit; unde si ex causa depositi, commodati, locati etc. res tradatur, dominium non transibit. Non tamen requiritur absolute ut ille titulus revera subsistat, sed sufficit etiam titulus putativus, hoc est, qui putatur intervenisse, quamvis a parte rei non intervenerit; unde, si, quasi vendidissem, rem tradam, cum e parte rei non vendidissem, dominium nihilominus transibit in accipientem; nec mirum, quia titulus tantum requiritur propter voluntatem; jam autem mens nostra aeque movebitur per titulum putativum, quam per titulum a parte rei subsistentem, cum is equidem in mentis apprehensione subsistat; et hoc ipsum confirmat totus titulus *de condict. indebit.*

§ VII.

Cum requiratur ut illo titulus utrimque intervenat, si ego pecuniam tradam Titio ex causa donationis, et ille accipiat tamquam commodatam, dominium non transibit, et viceversa, si ego tradam tamquam commodatam et ipse accipiat tamquam donatam, nec iterum dominium transibit; quia tantum ex une parte intervenit titulus translativus dominii, sicque ex une tantum parte adest voluntas in dominii translationem. Sed quid si tibi pecuniam tradidissem tamquam donatam, tu accepisses tamquam mutuam? Et quidem nec erit mutuum, nec donatio, quia uterque in mutuum non consensit, uti nec in donationem; sed en hoc casu dominium transibit in accipientem? Hanc quaestionem tractat Ulpianus in *L. 18 ff. de reb. cred.*, et Julianus in *L. 36 ff. h. t.*, in qua dicit dominium transire, et recte; quia, quamvis dissentiamus in causa tradendi, uterque tamen nostrum consentit in translationem dominii, cum uterque titulus sit translativus dominii, cum ita habeatur concursus voluntatis utriusque in dominii translationem, caeteraque requisita adsint, dominium debet transire.

Nec facit quod neque sit mutuum, neque donatio; etenim hoc facto intervenit titulus putativus, quem sufficere diximus.

Nec obstat quod juxta *L. 35 ff. h. t.* nullus errans dominium rei suae transferat; nam quod dicitur, errantis non esse consensum, ita intelligendum, quod errantis non sit consensus in eo, in quo errat: in casu autem non errat in transferendo dominio, sed errat tantum in causa tradendi.

Omnium maxime obstat *L. 18 ff. de reb. cred*, ubi Ulpianus sic loquitur: *si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse, sed, an mutua fiet videndum: et puto nec mutuum esse magisque nummos accipientis non fieri*: subjicit rationem, *cum alia opinione acceperit.* Plurimi hos textus ita conciliare volunt, quasi Ulpianus tantum vellet nummos accipientis non fieri irrevocabiliter, quamvis tamen revocabiliter ejus fierent; ast praeterquam quod hoc sit vim inferre verbis, ratio, quam J.C. alleget, eam conciliationem subsistere non patitur, subjicit enim pro ratione, *cum alia opinione acceperit*, quae ratio probare videtur dominium irrevocabile non magis esse translatum, quam revocabile.

Nec quis instet, et dicat ea verba sic esse intelligenda, quod tradens dederit animo transferendi dominium irrevocabile, accipiens autem acceperit animo acquirendi dominium revocabile tantum; id enim falsum est, nam mutuatarius, qui mutuam pecuniam accepit, quamvis obligetur ad tantumdem, ipsos tamen nummos irrevocabiliter acquirit, potest enim eosdem consumere, nec in specie reddere tenetur, itaque apparet esse antinomiam; cum autem sententia Juliani juris rationi conformior appareat, eam praeferendam credimus.

Sed an nummi ab eo, qui eosdem accepit, repeti non poterunt? Siquidem adhuc extent, repeti poterunt, et quidem in sententia Ulpiani, per reivindicationem: in sententia autem Juliani, per condictionem sine causa, siquidem sine ullo titulo extent penes eum, qui eos accepit. Si autem num-

mi sint consumpti, omnis cessabit repetitio; si enim is qui dedit, eos condicere velit, repelletur exceptione doli mali, cum accipiens eos consumpserit ex voluntate dantis: nec obstat, quod si quis pecuniam indebitam solverit, et nummi forte per accipientem sint consumpti, is nihilominus condictione teneatur, quatenus est factus locupletior; nam disparitas est quod in casu objecto non sint consumpti ex voluntate dantis, si enim scivisset se nihil debere, pecuniam non solvisset; sed in casu nostro, cum is, qui nummos dedit, habuerit animum donandi, accipiens eosdem consumpsit ex voluntate ipsius dantis.

§ VIII.

Cum ad translationem dominii requiratur animus acquirendi et transferendi dominium, sequitur quod is qui tradit rem aliquam etiam justo titulo praecedente, debeat scire eandem esse suam; si enim hoc ignoraverit, et putaverit esse alienam, rem ipsam tradendo, dominium non transfert; quo spectat *L.* 35 *ff. h. t.*, ubi J. C. ait quod si procurator meus, vel tutor pupilli rem suam, quasi meam vel pupilli, alieui tradiderit, non recesserit ab eis dominium, nullaque sit alienatio; subjicit rationem, *quia nemo errans rem suam amittit*. Eo etiam spectat *L.* 16 *§ ult. ff. de contrah. empt. vend.*, in qua dicitur, quod si ignorans rem meam emerim et, antequam traderetur, jusserim venditori ut alteri tradat, dominium meum in accipientem non transeat; subjicit rationem, *quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire*; hoc vult J. C., emptor in casu venditori non jussit suum dominium transferre, utpote quod ignorabat se habere ante venditionem, ex causa autem venditionis non poterat fieri dominus, cum venditor necdum tradidisset, quam traditionem necdum esse factam, J. C. supponere probatur per exemplum quod in fine addit, et cui casui nostrum comparat; cum ergo suum dominium transferre noluerit, sed illud quod putabat adhuc esse venditoris, ipsius dominium translatum non est, cum sine voluntate transferendi dominium non transeat.

His tamen fortissimo obstat *L.* 41 *ff. de reb. cred.*, ubi hic casus proponitur. Aliquis servum Stichum proposuerat kalendario, id est pecuniis foenerandis: dominus moriens eum servum pro parte heredem instituerat: cum ipse Romae degeret, et servus in provincia, qui ignorans mortem domini, et sic se pro parte heredem, pecunias ex causa kalendarii exegerat, atque etiam erediderat: quaesitum fuit, primo quid dicendum de pecuniis exactis, an scilicet debitores ei solventes essent liberati? Et distinguit J. C., utrum debitores scіverint mortem domini, an vero ignoraverint: ut siquidem sciverint, liberati non sint, cum sibi debeant imputare quod tali solverint, cui solvere non debebant; si autem ignoraverint, quamvis stricto jure liberati non essent, ex aequitate tamen liberati intelligantur, quia hoc casu nihil ipsis erat imputandum. Quaerebatur, secundo, quid dicendum de pecuniis creditis, an scilicet earumdem dominium esset translatum? Et J. C. respondet, quod pro parte coheredum alienatae non sint; sic ait, *quas vero pecunias ipse credidisset eas non ex majori parte, quam ex qua heres sit, alienatas esse*; ex quo inferunt, ergo pro parte ipsius dominium pecuniae creditae est translatum; atqui tamen ille servus, cum ignoraret se heredem esse, ignorabat se dominum harum pecuniarum esse factum; ergo, quamvis in casu *L.* 15 emptor ignoraverit se dominum esse, cum tamen voluerit transferre ejus rei dominium uti servus in *L.* 41, debet dominium nihilominus dici translatum. ℟. J. C. in his verbis non vult quod pro ea parte, pro qua Stichus heres existit, dominium nummorum sit translatum, sed tantum quod pro ea parte nummos cum effectu vindicare non possit, quatenus sic proprio facto contraveniret; ideoque exceptione doli mali posset repelli, cum tamen isti nummi pro partibus coheredum per ipsos coheredes possint repeti; itaquo verbum *alienationis* hic non importat translationem dominii, sed tantum quod pro parte Stichi nummi non possint cum effectu repeti, quod profecto etiam in effectu alienationem continet.

Huc quoque spectat *L.* 49 *ff. mandati*, in qua duo proponuntur casus hic pertinentes. Primus est: servum Titii emi ab alio bona fide: eum servum mandato meo Titius vendidit, eum ignoraret suum esse: quaerebatur an Titius eum servum ab emptore vindicare posset: et dicitur eum non posse: per hoc tamen J. C. non intellexit dominium in emptorem esse translatum, etenim cum Titius ignoraret servum esse suum, ubi mandato meo eum vendidit ac tradidit, non suum dominium, sed meum voluit transferre in emptore, itaque defectu voluntatis dominium non potest dici translatum; qua igitur ratione Titius impeditur servum illum vindicare? ℟. Hac ratione, quod de jure Romano, ubi procurator contraheret ex mandato alterius, is in sua persona contractum inire deberet, non in persona mandantis, alias nulla fuisset nata actio vel obligatio, cum eo jure constans esset principium, quod alteri per alterum non acquiratur; itaque cum Titius in sua persona contractum inivisset, ex sua persona fuerat obligatus ad tradendum servum, ita quidem ut, servo non tradito, ad ejus traditionem conveniri potuisset; si igitur obligatus erat ad tradendum, multo magis, ubi tradidit, servum nequit avocare, cum omni jure facilior sit retentio quam repetitio; unde si Titius eum servum vindicet, prout stricto jure potest, repelletur exceptione *rei venditae et traditae*.

Aliud foret moribus nostris; hodiedum enim

procurator in sua persona contrahere non debet, sed directo contrahit in persona mandantis; cum itaque dominium translatum non foret, eum servum cum effectu vindicare posset.

Alter casus, qui in illa lege proponitur, est hic. Sempronius a non domino servum Titii suum esse nescientis emerat, et ejusdem Sempronii postea heres factus Titius eredebat eum servum suum esse factum ex causa hereditaria: hunc servum Titius vendidit: quaerebatur an Titius eum servum vindicare posset: et J. C. in fine *L.* ait, quod si Titius eum servum vindicet, exceptione doli mali repellendus sit; ex quo rursus satis liquet dominium non esse translatum, alias enim nullo modo ei competeret reivindicatio, nec opus esset exceptione doli, cum omnis exceptio praesupponat actionem: ratio autem, cur in casu dominium translatum non sit, haec est, quod Titius quidem voluerit transferre dominium, ast non illud quod habebat, sed illud quod putabat habere ex causa hereditaria; illud autem non habebat, atque adeo nec transferre potuit, sed illud, quod habebat transferre non voluit, eum ignoraret se illud habere; cum itaque dominium sine voluntate non transferatur, nec illud, quod habebat, potest dici translatum.

§ IX.

Hactenus requisita sufficiunt ad translationem dominii: excipitur sola causa venditionis, ex qua rei venditae dominium non transfertur, nisi pretium fuerit solutum, aut fides de eo habita, ut constat ex § 41 *inst. de rer. div.*; quod ipsum, ut ibidem imperator monet, ipsa lege *XII tabb.* cavehatur, jureque gentium etiam nititur, hac ratione, quod venditor qui rem aliquam vendit, eam principaliter vendat pretii habendi causa; hinc non praesumitur consentire in translationem rei suae, nisi sibi pretium fuerit exsolutum, aut securus de eo sit redditus; jam autem jus naturae seu gentium non patitur, ut contra praesumptam voluntatem domini dominium transferatur.

§ X.

Haec de jure Romano sufficiebant ad translationem dominii, atque etiam hodiedum sufficiunt in mobilibus. Ast pro immobilibus mores nostri, praeter jam dicta, requisiverunt inheredationem seu realisationem, ut vocant, quae est annotatio coram magistratu facta in actis publicis ejus loci, in quo res sita est, quam leges nostrae requisiverunt ut sic occurreretur fraudibus venditorum, atque emptores aliquando possent esse securi de re quam emunt; antequam enim ea realisatio requirebatur, saepe contingebat ut venditor fraudulentus, postquam rem uni vendidisset et tradidisset, eandem rursus alteri venderet et traderet, qui ignarus venditionis antea factae sine sua culpa plerumque decipiebatur; ast postquam realisatio introducta fuit emptoribus datur recursus ad acta publica, ut examinent an forte in alterum jam praevie illa res esset translata aut etiam hypothecata; quamvis autem hodiedum ante realisationem dominium non transferatur, attamen res vendita non potest amplius vindicari per venditorem, ne alias facto suo contraveniat. Haec realisatio non requiritur in actibus ultimae voluntatis, vel causa dotis alienatione, aut commissionis, sicuti nec divisionis sive fiat per judicem, sive per ipsos socios; in caeteris autem absolute requiritur, ita ut si non intervenerit, dominium non intelligatur translatum; ideoque si forte postea in alterum fuerit alienata, qui realisationem fecit, a priori emptore rem avocare poterit, nisi forte prior rem possedisset pacifice per 30 annos; lapsus enim ille 30 annorum supplet defectum realisationis; nec mirum, cum res acquisita ex causa praescriptionis realisatione non indigeat.

TITULUS II.

DE ACQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

§ I.

Possessio plerumque dividitur in naturalem, et civilem. Per naturalem aliqui intelligunt corporalem detentionem, et ita commodatarius, qui tantum detinet, secundum hanc acceptionem etiam haberet possessionem; sed male, cum possessio vera et proprie dicta non intelligatur sine animo sibi habendi: talem autem non habent commodatarius, depositarius et similes; itaque tantum habent nudam et corporalem detentionem; ideo naturalis possessio consistit in corporali detentione cum animo sibi habendi. Civilis autem possessio est, dum quis non per se rem detinet, sed per alium, qui nostro nomine in possessione est, v. g. dominus possessionem habet per servum et procuratorem, qui ejus nomine rem illam apprehendunt, et detinent. Haec divisio expressis fere verbis traditur in *L.* 10 *cod. h. t.*

Aliqui adhuc eam dividunt in justam et injustam. Justam vocant eam, quae justo titulo est acquisita; injustam, quae nullo justo titulo nititur: sic, secundum illos, fur habet injustam possessionem. Ast haec divisio merito rejecta est a Labeone (*L.* 3 § 5 *ff. h. t.*); etenim fur, qui rem aliquam domino subripuit, etiam veram et proprie dictam possessionem habet, eodemque modo possidet uti dominus, ita ut, quod possessionem attinet, nihil interesit inter possessionem furis et domini; unde si aliquis furi rem per vim eripuisset, quamvis etiam is foret dominus, fur per interdictum *unde vi* posset recuperare possessionem; scilicet, possessio tota consistit in facto, consistit enim in naturali detentione cum animo sibi habendi, horum utrumque facti est, utriusque autem facti aeque capax est fur ac dominus; itaque fur, et alius quivis, quantumvis justo titulo destitutus, modo detineat cum animo sibi habendi, veram et proprie dictam possessionem habet, cum possessio tantum facti sit; hinc etiam est quod, ut superiori titulo vidimus, possessio nihil commune habet cum dominio, quod totum juris est, consistit enim in jure de re sua libere disponendi; unde etiam possessio potest esse penes unum, et dominium penes alterum.

§ II.

Ex dictis sequitur quod male a quibusdam definiatur possessio, jus rem aliquam detinendi ac ejus commodis fruendi; hi scilicet possessionem annumerant inter jura realia, sicque faciunt quintam speciem juris realis, cum tantum quatuor dentur, scilicet dominium, jus hereditarium, jus hypothecae, et servitutis. Ast eos doctissime refellit Huberus (*lib.* 4 *digress. cap.* 10): rationes ejus sunt hae; quod si possessio esset jus reale, tunc ex eadem deberet nasci actio realis competens contra quemcumque possessorem, uti in juribus contingit; ast ex possessione nulla talis actio nascitur; si enim aliquis possessorem dejecerit ex possessione, ei qui possidet dabitur quidem interdictum *unde vi* contra dejectorem; at haec actio non est realis, sed personalis, tantum enim datur contra solum dejicientem, non contra alium, in quem forte is, qui dejecit, possessionem ejus rei transtulit (*L.* 7 *ff. de vi et vi arm*). Praeterea hoc interdictum non nascitur ex possessione, sed ex facto dejicientis, actiones autem ex facto nascentes non sunt reales, sed personales: deinde, si possessio in jure consisteret, tunc ad heredes transmitteretur, jura enim nobis acquisita ad heredem ipso jure transeunt a momento aditae hereditatis; atqui tamen, ut constat ex *L.* 23 *ff. h. t.*, possessio ad heredem non transit, nisi naturaliter sit comprehensa per aditionem hereditatis; ergo possessio non est jus, sed tantum in facto consistit, tantoque magis ea lex probat, quod J. C. ibidem oppositionem statuat inter jura et possessionem.

Nec obstant variae leges in contrarium allegari solitae uti v. g. *L.* 49 *princ. et* § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur, possessionem non tantum corporis seu facti, sed etiam juris esse, eamque multum ex jure mutuari; nam haec omnia hoc sensu sunt intelligenda, quod leges multa remedia tribuant ei, qui possessionem habet, quibus se in possessione tueatur, aut eandem amissam recuperare possit: sic de jure introducta sunt interdicta *retinendae, adipiscendae*, et *recuperandae possessionis*, quae ideo leges introduxerunt ne quisquam procederet via facti, sed si quidquam juris in aliqua re contenderet se habere, id in judicio prosequeretur; leges enim possessorem, donec alius probaverit jus sibi in ea re competere, pro domino habent, ideoque tamquam dominum in possessione defendunt, et merito.

Nec obstat etiam quod ad possessorem saltem bonae fidei fructus, et omne emolumentum rei pertineant; nam quod illa pertineant ad bonae fidei possessorem, non provenit ex ipsa possessione directe et immediate, sed ex eo quod leges eum pro domino habeant, scilicet, ex eo quod possessor praesumatur dominus; unde etiam est quod, si postea dominus appareat, adeoque cesset illa praesumptio, possessor fructus extantes, licet perceptos, restituere teneatur.

§ III.

Videamus an penes plures in solidum possit existere ejusdem rei possessio. Et quidem certum est, quod plures possint unius et ejusdem rei habere possessionem pro parte pro indiviso, hae enim partes prorsus sunt distinctae; itaque quaestio tantum est, an plures unam et eandem rem in solidum possidere possint eodem tempore. Hanc quaestionem tractat J. C. in *L.* 3 § 5 *ff. h.t.*, ubi dicit id fie-

ri non posse, et sic loquitur: *ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt, contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris*: id est, sicuti plures eandem rem integram et solidam detinere non possunt, sic nec etiam possidere; possessio enim nil aliud est, quam detentio cum animo sibi habendi; tum in fine ejusdem § iterum ait, *non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in loco in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris*: id est, sicuti naturaliter implicat, ut plures uno et eodem tempore eundem locum occupent in solidum, sic etiam implicat ut plures uno et eodem tempore eandem rem in solidum possideant; et recte sane, quia si quis fundum aliquem possideat, quamvis omnes partes ejus fundi corporaliter non occupet, easdem tamen occupare fingitur; unde, cum fictio idem operetur in casu ficto quod veritas in casu vero, naturaliter implicare videtur, ut plures unam et eandem rem in solidum possideant. Idem etiam probat *L.* 5 § *ult. ff. commod.*, ubi J. C. ait: *duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*: id est, possunt quidem plures eandem rem possidere, aut ejusdem dominium habere pro parte pro indiviso, sed non in solidum.

Voëtius dicit *LL. cit.* esse intelligendas de naturali seu corporali possessione, non autem de civili, ita ut si quis civiliter tantum possideat, alius eandem rem cum ipso possidere possit eodem tempore; quam in rem adfert *L.* 3 § 7, *et L.* 25 *ult. ff. h. t.*, in quibus dicitur, quod si possessor peregre profectus sit, et interim alius possessionem, puta, fundi sit ingressus, prior qui discessit nihilominus possessionem retineat, civilem scilicet, ut ait: alter autem, qui possessionem ingressus est, etiam possessionem habeat et quidem corporalem, ut ait; habet enim omnia requisita ad possessionem, detinet enim rem et quidem corporaliter, idque cum animo sibi habendi, igitur et possidere debet. Ast in eo fallitur Voëtius; is enim qui profectus est non tantum habet possessionem civilem, ut ipse putat, sed etiam naturalem; retinet enim possessionem quam ante habebat, antequam autem discederet naturalem possessionem habebat, cum ergo eandem, quam habebat, retineat, etiam naturalem possessionem retinet; scilicet, ut quis retineat possessionem non est necesse ut naturaliter et corpore detineat, alias enim sequeretur, quod aliquis non plus possideret quam corpore occupare potest, quod manifeste falsum est, nec quis dicat facultatem detinendi in casu nostro deesse, cum supponatur pendente absentia rem ab altero occupatam, etenim reversus poterit eum, qui interim occupavit rem, ex ea dejicere; quod si fecerit, intelligetur semper retinuisse possessionem, nec unquam amisisse; ideo autem id facere potest, quia intelligitur interim quo absens fuit possessionem retinuisse.

Nemo etiam dicat quod is, qui interim eam rem occupavit, habeat omnia requisita ad possessionem, siquidem rem detineat cum animo sibi habendi; nam leges eum pro possessore non habent, quamdiu alter est absens.

Itaque non obstant textus allegati a Voëtio; in *L.* enim 3 § 7 nil aliud dicitur, quam quod absens possideat; non asseritur autem eum, qui rem interim apprehendit, etiam possidere; hinc itaque inferri nullatenus potest, quod plures eandem rem in solidum possidere queant, cum, ut diximus, is, qui interim apprehendit, non possideat, sed tantum detineat.

Non etiam obstat *L.* 25 § *ult.*, ubi J. C. ait: *quod autem solo animo possidemus quaeritur utrumne usque eo possidemus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio*; etenim per corporalem possessionem J. C. intelligit corporalem detentionem, ut satis probant verba ejusdem, dum ait *donec alius corpore ingressus sit*. Et sane, J. C. non intellexisse possidere, ex eo patet, quod inquirat quis possideat, an absens, an vero is, qui eam rem apprehendit; supponit itaque unum tantum ex ipsis possidere posse.

Nec etiam obstat *L.* 6 § 1 *ff. h. t.*, ubi ait: *qui ad nundinas profectus neminem reliquit, et dum ille a nundinis redit aliquis occupavit possessionem, videri eum clam possidere Labeo scribit*; subjicit enim *retinet ergo possessionem qui ad nundinas abiit*; itaque, ut inferunt, uterque hic possessionem habet, ast infundate; etenim is, qui interim occupavit possessionem, rem illam non possidet, sed tantum clam detinere intelligitur, et hoc ipsum etiam tantum vult J. C., dum ait *videri eum clam possidere*, quia s im infert *retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit*; hoc certo intulit ex eo, quod prior non intelligatur possidere. Itaque res sic se habet: quamdiu prior possessor est absens, is, qui possessionem apprehendit, non intelligitur possidere, sed tantum detinere et quidem clam, dominus enim postea reversus potest eum expellere; quod si fecerit, intelligetur semper retinuisse possessionem, et alter non possedisse: quod si dominus reversus, et alterum dejicere volens, fuerit repulsus ab eodem, hoc ipso amittit possessionem, quia hoc ipso amittit facultatem detinendi; ideoque alterum poterit convenire per interdictum *unde vi* ad recuperandam possessionem, quam sic amisit: et hoc est quod vult J. C. in verbis sequentibus *verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam*.

§ IV.

Ad acquirendam possessionem duo requirun-

tur, corpus et animus, id est corporalis detentio cum animo sibi habendi. Hoc ipsum exprimit J. C. in *L.* 3 § 1 *ff. h. t.*: *et adipiscimur*, inquit, *possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*. Huc spectat § 3 *ejusd. L.*, in quo J. C. proponit, quod extaret thesaurus in fundo, cujus possessionem quis apprehenderet, an hoc ipso intelligatur etiam possidere thesaurum. Neratius et Proculus existimabant eum possidere thesaurum, si modo thesaurum in fundo latere sciret; si vero ignoraret, sane possidere non poterat, quia deerat ei animus sibi habendi. Ast Manilius et Brutus putabant usucapionem etiam in thesauro procedere, ita ut, usucapto fundo, etiam thesaurus intelligeretur usucaptus, quamvis ignorasset thesaurum in fundo latere; quae sententia, nequidem admissa ea, quae erat Neratii et Proculi, poterat procedere; ut enim vidimus, deest ipsi possessio in thesauro, sine possessione autem usucapio non procedit; sed nec sententia Neratii et Proculi hic fuit admissa, ita ut, quamvis is qui possidet fundum sciat in eo latere thesaurum, ejusque possidendi animum habeat, non tamen propterea possidere intelligatur. Hujus ratio est, quod ad acquirendam possessionem non sufficiat solus animus, sed requiratur etiam corporalis apprehensio, quae in casu deest respectu thesauri; etenim, ut supponitur, thesaurum nec apprehendit nec loco movit, nec ipso quo fundum apprehendit debet intelligi apprehendisse thesaurum, cum fundus et thesaurus sint res prorsus distinctae ac separatae.

Nec quis dicat, quod is, qui apprehendit cistam, si non immediate, saltem mediate apprehendit omnia, quae in cista continentur; nam is qui apprehendit fundum, neque mediate, neque immediate potest intelligi apprehendisse thesaurum in fundo latentem, hic enim nec loco motus fuit, nec sub custodia nostra positus videri potest, quod expressit J. C. in *L.* 3 § 3 *ff. h. t.*, dum ait *nec alias qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra.*

Non obstat etiam *L.* 47 *ff. h. t.*, in qua dicitur, quod si depositarius vel commodatarius constituant non reddere rem depositam vel commodatam, quamvis eam non apprehenderint, tamen domino intervertant possessionem, eamque sibi acquirant. Nam disparitas est quod, quamvis deponens retineat possessionem rei depositae, eam tamen non retinet corpore suo, sed corpore depositarii, qui, cum jam corporalem detentionem ejus rei nactus sit, solo animo domino possessionem intervertit. Sed in casu *L.* 3 dominus thesauri possessionem ejusdem retinet (ut enim eam rem melius servaret in fundo deposuit), et quidem per se, sive corpore suo intelligitur possidere; non potest itaque ei interverti possessio per possessorem fundi, nisi facto aliquo corporali dominum possessione privavarit; unde nota quod facilius amittitur possessio, quam quis detinet corpore alieno, quam si detineret corpore suo.

§ V.

Non tamen semper ad acquirendam possessionem requiritur vera et naturalis possessio, sed sufficit modo interveniat factum aliquod externum et corporale, quo res apprehensa intelligitur, aut de jure pro apprehensa habetur, ita ut in potestate nostra sit eam rem apprehendere quando voluerimus; unde intelligi potest quod J. C. ait in *L.* 51 *ff. h. t.*, ubi sic loquitur: *quarumdam rerum adipisci animo possessionem nos Labeo ait, veluti si acervum lignorum emero et eumdem venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur*; quia scilicet hoc ipso quo acervus est positus sub potestate et custodia nostra, rem apprehendere possumus quando voluerimus; scilicet illa vera et naturalis apprehensio tantum requiritur ad acquirendam possessionem earum rerum, quae de facto dominum non habent, et in quarum possessione nemo actualiter existit, quales sunt ferae, lapilli et gemmae in littore maris inventae, item res pro derelicto habitae, quibus addi potest thesaurus proprie dictus; ast in his rebus, quarum possessio actualiter apud alterum extat, non est necessaria ista vera et naturalis apprehensio, sed sufficit aliud quodcumque factum externum et corporale, quo mediante res potestati nostrae subjicitur, ut eam apprehendere possimus, quando volumus, quam in rem videri possunt *L.* 1 § *penult.*, *L.* 18 § 2 *ff. h. t.*, *L.* 74 *ff. de contrah. empt.*

§ VI.

Sed nec aliquando necesse est, ut per istud factum externum et corporale res potestati nostrae subjiciatur: exempla habemus in *L.* 18 § 2 *ff. h. t.*, et *L.* 1 *cod. de donat.* In *L.* 18 § 2 dicitur, quod si quis fundum vendiderit, et venditor ex vicina turri eum demonstret emptori traditionis causa, vacuamque possessionem se tradere dicat, non minus emptor possidere incipiat, quam si pedem finibus intulisset. In *L.* 1 *cod.* dicitur, quod si donans donatario tradat instrumenta donationis factae, hoc ipso res donata et tradita intelligatur; quod cuivis alii contractui applicandum est.

§ VII.

Quod diximus, possessionem non acquiri, nisi interveniat corporalis apprehensio, non tantum verum est, si agatur de acquirenda possessione ex actu inter vivos, sed et ubi agitur de acquirenda possessione ex causa ultimae voluntatis; quamvis

enim dominium ipso jure transeat in heredem a momento aditae hereditatis, non tamen ante acquirit possessionem rerum hereditariarum, quam eas apprehenderit; quae differentia inter possessionem et dominium etiam traditur in *L.* 23 *ff. h. t.* Ratio autem differentiae est, quod dominium ait juris, quod autem jura attinet heres repraesentat personam defuncti; ast possessio est facti, ea autem quae facti sunt in heredem non transeunt. Hoc tamen in puncto mores nostri recesserunt a jure Romano, ita ut heres adeundo hereditatem non tantum acquirat ipso jure dominium, sed etiam possessionem rerum hereditariarum, propter principium *le mort saisit le vif*.

§ VIII.

Ut quis acquirat possessionem alicujus rei non est necesse, ut eam totam ac integram apprehendat, sed ordinarie sufficit modo quamcumque partem ejusdem apprehendat animo acquirendae possessionis totius rei; quod J. C. expressit in *L.* 3 § 1 *ff. h. t.*, ubi, postquam dixerat possessionem non acquiri nisi animo et corpore simul, sic ait: *quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere vult omnes glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem ejus fundi introire dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere*, et sane; ad acquirendam enim possessionem, ut diximus, sufficit qualecumque factum externum, cui adsit facultas rem detinendi; jam autem ubi possessionem partis corporaliter apprehendo eo animo, ut acquiram possessionem totius. adest mihi facultas totam detinendi. Haec tamen ita intelligenda sunt, nisi in possessione alterius partis, quam non apprehendi, alius interim existeret; tunc enim ejus solius partis, quam apprehendi, possessionem acquiram; quod omnino consequens est iis, quae jam diximus, etenim tali casu deest mihi facultas apprehendendi eam partem, in cujus possessione alter existit. Similiter si is, qui rem tradit, non velit transferre possessionem totius, sed tantum partis, etiam tantum hujus partis possessio acquiretur, idque ex eadem ratione; ita quoque, si plures res sub una et eadem continentur, aut etiam una sit accessoria respectu alterius, sufficiet apprendere eam rem, sub qua caeterae continentur, vel cujus altera est accessoria. Aliud dicendum, si illae res sint prorsus distinctae ac separatae, nec una sub altera contineatur, aut possit reputari accessoria alterius; tum enim apprehensione unius non intelligetur acquisita possessio caeterarum: sic si heres nactus sit possessionem unius rei hereditariae, non propterea intelligetur nactus possessionem caeterarum rerum hereditariarum, quia hae res sunt prorsus distinctae ac separatae.

Praedicta intelligenda sunt de rebus corporalibus, res enim incorporales apprehensione incapaces sunt, unde etiam in illas non cadit vera et proprie dicta possessio, et dicuntur tantum quasi-possideri: ut autem haec quasi-possessio acquiratur, requiritur aliquod factum externum, quod traditionem repraesentet et vice ejusdem fungatur: sic in servitutibus inductio in fundum, in beneficiis ecclesiasticis inductio in chorum, vice traditionis funguntur.

§ IX.

Ast quaeritur, quot actus in illis casibus intervenire debeant, ut possessio eorumdem intelligatur acquisita, et an etiam unicus actus aliquando sufficere possit? Et siquidem praecesserit titulus, in cujus consequentiam ille actus est interpositus, a plerisque admittitur unicum actum sufficere; ast si nullus praecesserit titulus, multi putant unicum actum non sufficere; verius tamen est, etiam unicum actum sine praevio titulo interpositum sufficere: scilicet distinguendum utrum agatur de tali actu vel jure, quod non facile ex amicitia ac benevolentia alteri concedi solet, sed tantum ex jure constituto: v. g. si agatur de ducenda aqua ex fonte vicini per ejus fundum, vel de jure dandi suffragium in capitulo uni extraneo, vel de jure praesentandi ad beneficium vacans, vel illud conferendi, his casibus, unicus actus sufficit ad acquirendam possessionem; quod probat *L.* 1 § 22 *ff. de aqua quot. et aest.*, in qua J. C. ait quod is, qui vel semel tantum aquam duxit, possit uti hoc interdicto *de aqua quot. et aest.*; tamen hoc interdictum tantum datur illis, qui sunt constituti in possessione aquam ducendi; ergo etc.: probatur etiam *cap.* 5 *de praeb. in* 6. Si vero agatur de actu tali, cujus exercitium facile pro una aut altera vice ex amicitia concedi solet, tunc unicus actus non sufficit ad acquirendam possessionem; unde si v. g. agatur de jure transeundi per fundum alterius, unicus actus non sufficit, sed requiruntur plures, juxta *L.* 1 § 2 *ff. de itin. actuq. priv.*, ubi praetor ad hoc interdictum requirit, ut quis intra annum retro ad minus 30 diebus usus sit itinere.

§ X.

Praeter corporalem apprehensionem, requiritur animus sibi habendi. Hinc, juxta *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*, furiosus et infans acquirere possessionem non possunt, cum enim ratione careant, affectionem habendi non habent: potest tamen infans cum auctoritate tutoris acquirere possessionem (*L.* 32 § 2 *ff. h. t.*), ut enim J. C. ibidem ait *judicium infantis suppletur auctoritate tutoris:* pupillus etiam sine tutoris auctoritate possessionem acqui-

rere potest, is enim non tantum apprehensionis corporalis capax est, sed etiam, cum usu rationis gaudeat, potest habere animum sibi habendi.

§ XI.

Huc spectant *L.* 30 *ff. h. t.*, *et* 23 *ff. de usurp. et usucap.*, in quibus dicitur, quod si quis aedes fuerit mercatus, non aliud, quam ipsas aedes possideat, tigna autem et caeteras res, quae in aedificio sunt, et ex quibus illud constructum est, possidere non intelligatur; unde etiam infert in *cit. L.* 23, quod ipsa tigna usucapere nequeat, et recte, cum sine possessione non currat usucapio: ideo autem is, qui aedes possidet, non intelligitur ipsa tigna possidere, quia in tignis deest animus sibi habendi; scilicet, is, qui aedes possidet, ut etiam possideret tigna, deberet ipsa considerare ut separatim existentia ab ipso aedificio, eadem autem sic considerando, evanesceret omnis idea aedificii, quia aedificium consistit in recta et apta dispositione tignorum inter se; unde hoc ipso non posset amplius intelligi ipsas aedes possidere, quia impossibile est, ut uno et eodem tempore ipsa tigna consideret ut separata ab aedificio, et ut constituentia ipsum aedificium, quod etiam J. C. expressit in *cit. L.* 23, dum ait *separatis enim corporibus, ex quibus aedes consistunt, universitas aedium intelligi non poterit.* Hanc sententiam confirmat J. C. hoc ratiocinio: quod, cum mobilia usucapiantur triennio, immobilia vero 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes, sic una et eadem res usucaperetur diversis temporibus; domus enim considerata ratione superficiei, quae constat ex rebus mobilibus, usucaperetur triennio, et eadem considerata ratione soli tantum usucaperetur decennio.

Non obstat quod hic videantur adesse omnia requisita ad possessionem, etenim ipsa tigna detinet, et habet animum sibi habendi; nam non habet animum possidendi tigna, ut seorsim consistentia, sed tantum habet respectu universitatis aedium.

Non obstat etiam quod is, qui possidet totum, possideat etiam singulas partes ejusdem, jam autem tigna sunt pars domus. R/. Ast falsum est quod tigna sint pars domus, sed tantum materia, ex qua domus aedificata est, alias enim sequeretur, quod cumulus tignorum domum constitueret; ubi enim habemus omnes partes totius, ipsum totum exurgit; itaque tigna quidem continentur sub aedificio, sed partem ejus non constituunt, quia domus consistit in ista recta et apta dispositione tignorum, cujus tigna non sunt pars, sed tantum constituunt materiam.

§ XII.

Jam videamus quid juris sit, si error in transferenda possessione intervenerit. Et siquidem tantum error intervenerit in nomine rei, cujus possessionem quis apprehendit, non impediatur translatio possessionis; unde, si me induxeris in fundum Cornelianum, quem putabam esse Sempronianum, nihilominus acquiram possessionem ejus, quia in corpus consentimus, de cujus possessione transferenda agitur, dissensus tantum est in nomine. Aliud esset dicendum, si error intervenisset in ipsa re, de cujus possessione transferenda agitur; v. g. miseras me in possessionem fundi Corneliani, ego putabam me missum in possessionem fundi Semproniani, unde ipsum fundum Sempronianum ingressus fueram; neutrius acquiram possessionem, non fundi Corneliani, quia eundem non apprehendi, non Semproniani, quia noluisti in me transferre ejus possessionem; ego autem eo animo non fui ut, te invito, possessionem ejusdem acquirerem; unde ejus possessionem non acquiram, nec tu amittes (*L.* 34 *ff. h. t.*).

Ast his obstare videtur *L.* 18 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur, quod si furioso, quem putabam sanae mentis, cum forte esset in conspectu inumbratae quietis, rem tradidero, licet ille non incipiat possidere, ego tamen possidere desinam; ex quo quis inferret quod etiam in casu *L.* 34, quamvis ego non sim adeptus possessionem, tu tamen possidere desinas; nam ideo in *L.* 18 ego amitto possessionem, quamvis furiosus eam nactus non sit, quia hoc ipso, quo in ipsum volui transferre possessionem, eandem amittere volui: sine animo autem possessio non retinetur. Ast in casu *L.* 34, quando me miseras in possessionem fundi Corneliani, et ego putans me in fundum Sempronianum esse missum, cum ea mente sum ingressus, quamvis tu volueris amittere possessionem fundi Corneliani, non tamen ante voluisti, quam ego essem ingressus; quae conditio defecit, adeoque nec a te possessio recessit. Aliud est in *L.* 18; possessionem enim simpliciter amittere volui, nec potui subintelligere hanc conditionem, si furioso acquireretur possessio, cum non dubitarem quin eam tradendo acquireret.

§ XIII.

Aliud adhuc requisitum ad aequirendam possessionem est, ut is qui eam apprehendit ejus possidendae capax sit; unde si res immobilis tradatur manui mortuae, non acquiret possessionem, quia per leges manus mortuae redditae sunt inhabiles ad res immobiles post prohibitionem acquisitas in posterum possidendas: similiter si jus decimandi vendatur, et quasi-tradatur laicis ab administratoribus Ecclesiae, non tamen laici illud jus possidere poterunt, quia per concilium Lateranense laici sunt redditi inhabiles ad acquirendas, aut possidendas decimas

§ XIV.

Ultimum requisitum est, ut res ipsa sit possessionis capax; unde si res sacra aut publica alicui tradatur, is, qui eam accepit, non acquiret possessionem ejus, quia illae res sunt prorsus exemptae commercio, et sic nec possideri possunt.

§ XV.

Hactenus egimus de possessione acquirenda per nosmetipsos; nunc videamus de acquirenda possessione per procuratorem. Scilicet jura quidem per procuratorem acquirere non possumus, jure Romano, propter principium quod uni per alterum non acquiratur, receptum tamen fuit possessionem per procuratorem acquiri posse. Ut tamen per procuratorem possessio acquiratur necesse est, ut id fiat nobis scientibus, sine animo enim possessio non acquiritur; non tamen requiritur ut sciamus quo precise tempore ipse nostro nomine possessionem apprehendat, sed sufficit quod ipsi v. g. mandaverimus, ut nostro nomine possessionem apprehendat; hinc intelligitur § 5 *inst. per quas pers. cuiq. acq.*, qui dicit: *excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet, non solum scientibus, sed et ignorantibus nobis acquiri possessionem;* id tamen non accipiendum est denmuimoda ignorantia, sed de ignorantia temporis, quo procurator possessionem apprehendit. Id tamen ad usucapionem non sufficit, sed requiritur ut dominus sciat possessionem per procuratorem esse apprehensam, ut constituatur in conditione usucapiendi; cujus ratio est, quod ad omnem usucapionem requiratur bona fides positiva ab initio, quae deest, antequam scivi per procuratorem meum esse apprehensam possessionem. Requiritur insuper, ut ipse procurator nostro nomine possessionem apprehenderit, alioquin, si rem apprehendendo sibi vel alteri voluerit acquirere, nobis non acquirit. Requiritur etiam, ut talis sit procurator, qui intellectum possidendi habeat; unde si servum, foriosum, vel infantem ad rem apprehendendam miserim, quamvis possessionem apprahenderint, ejus rei tamen possessio mibi non acquiretur (*L.* 1 § 9 et 10 *ff. h. t.*); verum, ut tutor vel curator pupillis acquirat possessionem, non est necessaria eorum scientia, quod aliter obtinere vidimus, si agatur de acquirenda possessione per procuratorem. Ratio differentiae est, quod tutor et curator pupillos repraesentent, ita ut quod tutor vel curator fecit, ipse minor vel pupillus fecisse intelligatur; ast procurator de jure Romano mandantem non repraesentat, unde ipsius scientia erat necessaria, ut per procuratorem acquireret.

§ XVI.

An sicuti ad acquirendam possessionem requiritur corporalis detentio cum animo sibi babendi, ita etiam ea requiratur, ut retineatur possessio? Minime; ut enim retineatur possessio sufficit animus, seu ut quis retineat animum sibi habendi, una cum facultate et spe morali rem illam apprehendendi quando voluerit, et binc est, quod in variis legibus dicitur *solo animo retineri possessionem*, quatenus ad eam retinendam non sit necesse, ut quis actualiter rei incumbat, nec mirum; omni enim jure facilior est retentio, quam acquisitio, hinc non mirum plus requiri ad acquirendam possessionem, quam ad eam retinendam, et profecto, alias id in nimiss difficultates incideret, si perpetuo rei, quam possidemus, incumbere deberemus ad retinendam possessionem; ex eo enim sequeretur, quod tantum unam rem, quae paulo latius pateret, possidere possemus, et eum quotidie nobis necessaria comparare debeamus, quae manentes in eodem loco comparare non possemus, sequeretur quod quotidie rerum nostrarum possessionem amitteremus; unde ex necessitate recipi debuit, possessionem solo animo retineri.

§ XVII.

Facilius intelligetur quomodo retinetur possessio, si intellexerimus quando, et quomodo amittatur, quod constituit secundam partem hujus tituli. Amittitur autem possessio aut volentibus nobis, aut invitis. Nobis invitis amittitur possessio ex vitio ipsius rei possessae, aut ex vitio personae possessoris, aut defectu detentionis; ex vitio rei possessae, si eximatur commercio, puta quod fuerit publicata, aut facta religiosa, aut sacra; ex vitio personae possessoris, si is postea factus fuerit inhabilis ad possidendum, puta quod in servitutem redactus sit, de jure Romano, aut apud nos, quia est factus monachus; si quis etiam in hostium potestatem pervenerit, et sit factus servus hostium, possessionem amittit (*L.* 23 § 1 *ff. h. t.*), ubi baec ratio redditur, quod scilicet non possit intelligi possidere is, qui ab alio possidetur, is autem, qui ab hostibus captus est, eum sit factus servus hostium, ab ipsis bostibus possidetur, unde, ut postea reversus possessionem iterum habeat, requiritur ut de novo res illas, quarum antea possessionem habebat, apprehendat, quamvis etiam nullus, intermedio tempore, in possessione harum rerum fuerit; amissa enim possessio non recuperatur, nisi de novo res corporaliter apprehendatur cum animo sibi habendi. Nec facit quod ab hostibus reversus gaudeat jure postliminii, quia postliminium tantum pertinet ad ea, quae sunt juris, non autem ad ea, quae sunt facti; unde ab hostibus reversus quidem recuperabit dominium, cum illud sit juris, non autem recuperabit possessionem, cum haec tantum facti sit; quinimo si forte, antequam ab hostibus caperetur, esset in conditione usucapiendi, postea

reversus de novo debet incipere usucapere, ita ut si, antequam caperetur, ei tantum tres dies deessent ad compleudam usucapionem, postea reversus deberet rem de novo apprehendere cum bona fide, et possidere per totum tempus a legibus requisitum, ut eandem usucapere possit; unde si forte, eo absente, dominus ejusdem possessionem apprehenderet, omnis spes usucapiendi esset sublata; neque enim jure postliminii, ut vidimus, possessionem recuperabit, neque rem illam poterit recuperare per restitutionem ex capite absentiae, quia haec restitutio non datur illis, qui certant de lucro captando cum damno alterius, ut in casu contingeret; captus enim ab hostibus et postea reversus vellet illam rem recuperare cum jactura ipsius domini: praeterea inutiliter possessio ipsi restitueretur, quia statim ac dominus restituisset possessionem, eandem auferret per reivindicationem (*L.* 19 et 20 *ff. ex quib. caus. maj. etc*).

§ XVIII.

Amittimus possessionem defectu detentionis, quando eam sic amittimus, ut facultas naturalis desit eam apprehendendi ubi voluerimus, quod facilius contingit in rebus mobilibus, quam in immobilibus, uti postea videbimus. Et quidem possessionem immobilium amittimus si, v. g. a mari vel a flumine sint occupatae, quia hoc ipso in potestate nostra esse desinunt, et facultatem detinendi amittimus (*L.* 3 § 17 et *L.* 30 § 3 *ff. h. t.*); quod quidem in tantum verum est, ut nequidem piscando possessionem praedii inundati retinere possimus: amittimus etiam possessionem immobilium defectu detentionis, si aliquis ex fundo nos dejecerit vi; aliud dicendum, si nobis absentibus aliquis sit ingressus possessionem, tunc enim donec reversi simus possessionem retinemus, nisi forte animum detinendi abjecerimus, forte quia verebamur ne eum, qui possessionem occupaverat, dejicere non possemus; ast si eum animum retinuerimus, possessionem retinemus donec simus reversi, ita ut reversi alterum expellere possimus, quod si fecerimus, possessionem nunquam intelligimur amisisse; si autem fuerimus repulsi, dum eum dejicere tentabamus, vel metu conterriti non fuerimus ausi accedere eum fundum, tum ab eo momento intelligitur amissa possessio (*L.* 6 § 1, *L.* 25 § 2 et *L.* 3 § 8 *ff. h. t.*): similiter etiam possessionem immobilium amittimus, si alius a magistratu sit missus in possessionem, v. g. si cum damni infecti nomine cavere nollem, vicinus fuerit missus in possessionem aedium mearum ruinosarum ex secundo decreto, hoc ipso possessionem amisi, quia desino eas in potestate mea habere, et deest mihi facultas moralis eas recuperandi. Amittimus possessionem mobilium non tantum si ea nobis vi sint erepta, sed etiam si nobis absentibus per alium, puta furem, fuerint subducta, aut alia clandestina, vel etiam fortuita subductione in potestate nostra esse desierint, et quidem tunc statim ab initio amittimus possessionem, quod aliter servari in immobilibus vidimus; si enim nobis absentibus aliquis sit ingressus possessionem, nihilominus eam retinemus donec simus reversi. Ratio autem differentiae provenit ex diversa natura harum rerum; cum enim res immobiles de loco in locum transferri non possint, sed semper eodem loco remaneant, quantumvis absentibus nobis alius eas apprehenderit, cum tamen sciamus ubi sitae sint, spem moralem retinere possumus, ut postea reversi eas recuperemus; ast res mobiles de loco in locum transferri possunt, unde cum eae ereptae per furem, vel alio modo nobis subductae ita abscondi possint, ut eas amplius invenire non possimus, hoc ipso etiam statim ab initio possessionem amittimus, quia hoc ipso amittimus facultatem moralem illas recuperandi ubi voluerimus (*L.* 47 *ff. h. t.*).

§ XIX.

In *L.* 3 § 18 *ff. h. t.* quaerit J. C. quid, si depositarius constituat rem depositam non reddere, an hoc ipso deponens amittat possessionem antequam depositarius eam contrectaverit, aut loco moverit, aliudve quodvis factum externum et corporale in ipsa re adhibuerit? Negat et recte; quia, ut ante vidimus, ad acquirendam possessionem requiritur factum aliquod externum et corporale, quo mediante res potestati nostrae subjicitur; tale autem in casu non intervenit ex parte depositarii; itaque is non acquirit possessionem, igitur eam retinet deponens.

Nec obstat quod, si deponens vendat depositario rem depositam, ea statim ipsi acquiratur absque eo quod interveniat ullum factum ex parte depositarii (§ 44 *inst. de rerum div.*); quia disparitas est quod, in casu objecto agatur de acquirendo dominio vel possessione ex voluntate ipsius domini aut possessoris; ast in casu nostro agitur de acquirenda possessione contra voluntatem ipsius possessoris; jam autem non mirum facilius acquiri possessionem domino volente, eodemque possessore, quam ipso invito.

Nec etiam obstat *L.* 46 *ff. h. t.*, in qua J. C. ait: *si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem*; respondeo est ergo, quod ut deponens amittat possessionem rei depositae, non debeat intervenire ullum factum depositarii, sed sufficit quod is sibi in animum inducat rem depositam non reddere. Ast R/. J. C. hic supponere tale factum praecessisse, dum sibi in animum induceret depositum non reddere; J. C. autem hic non examinabat, an tale factum requireretur ut possessio intel-

ligatur amissa, sed an etiam ignorans amitteret possessionem, si forte depositarius tale factum adhibuerit, et constituerit depositum non reddere, uti etiam satis insinuant verba ipsius J. C. *vel ignorantem*; quod adhuc clarius apparet, si *L.* 47 jungatur cum praecedente, quae est ejusdem J. C, in qua statuebat quod, si me absente alius sit ingressus saltum, aliamve rem immobilem, quam possidebam, non amittam possessionem donec reversus ex eodem fuissem repulsus: tum in *L.* 47 aliud statuit circa res mobiles, quarum possessionem etiam absentes et ignorantes amittimus.

§ XX.

Amittimus etiam possessionem rerum mobilium, nullo neque nostro neque alieno facto interveniente. Et quidem quod attinet feras bestias, quarum possessionem nacti sumus, earum possessionem amittimus statim atque conspectum nostrum effugerunt, ut spes moralis non supersit eas recuperandi, quia hoc ipso in potestate nostra esse desinunt, deestque facultas moralis illas recuperandi: aliud dicendum, si ista animalia fuissent mansuefacta, tunc enim possessionem earum retinemus, quamdiu retinent consuetudinem eundi et redeundi. Quod caeteras res mobiles attinet, inter quas sunt animalia mansueta et res inanimatae, earum possessionem, nullo nostro neque alieno facto interveniente, tunc demum amittimus, ubi caedem sub potestate vel custodia nostra esse desinunt, et nescimus ubi sint vel existant, ita ut utrumque simul requiratur, nec unum sine altero sufficiat ad amittendam possessionem; unde J. C. in *L.* 44 *ff. h. t.* recte statuit quod, si peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa absconderim, et reversus loci thesauri sim immemor, propterea tamen possidere non desinam; quia scilicet, quamvis ignorem ubi pecunia ista sit, tamen est adhuc sub custodia mea, et diligenti examine adhibito facile poterit reperiri. Aliud sane dicendum, si interim per alterum fuerit apprehensa; nam tunc alio ex capite amittam possessionem, quia scilicet, interveniente facto alterius, qui eam apprehendit, desinit esse sub custodia mea: similiter etiam, si annulum meum amisissem in domo mea, ita ut eum reperire non possem, non illico desinam eum possidere, quia adhuc est sub custodia mea, quamvis ignorem ubi sit; aliter statuendum, si extra domum amisissem, tunc enim, cum non facile reperiri posset, non intelligetur amplius sub custodia mea, et ideo, cum ignorem ubi sit, amittam possessionem ejusdem, uti etiam amitterem, si incidisset in mare vel in flumen, idque ex eadem ratione.

Notandum quod, quamvis his casibus amittatur possessio, non tamen amittitur dominium, cum juris sit; ea autem, quae juris sunt, facilius retinentur, quam quae facti sunt; unde si quis rem talem invenisset, illam domino restituere tenetur.

§ XXI.

Hactenus vidimus quomodo amittitur possessio, quam corpore nostro detinebamus; nunc videamus quando amittitur possessio, quam corpore alieno detinemus, puta per colonum, depositarium, commodatarium, procuratorem etc. Eaque imprimis amittitur, si illi, qui nomine nostro erant in possessione, ex ea dejiciantur: amittitur quoque, si illi, qui nostro nomine possident, mortui sint, et post mortem eorum adipisci possessionem neglexerimus, et alius, antequam possessionem apprehenderimus, eam apprehenderit; itaque statim, ipsis mortuis, eam non amittimus; quod sane specialiter est receptum, cum tunc neque corpore nostro, neque corpore alieno rem detineamus, sine detentione autem possessio non intelligitur (*L.* 40 § 1 *ff. h. t.*). Aliud juxta citatam legem dicendum, si illi, qui nostro nomine in possessione erant, ex eadem sponte discesserint animo deserendae possessionis; tunc enim, quamvis nec alius eam possessionem apprehenderit, et nos adipisci neglexerimus, statim et illico possessionem amittimus, uti per argumentum a contrario sensu erui potest ex *L.* 31 *ff. h. t.*; itaque quod J. C. in fine *cit. L.* subjicit, *sed haec esse vera si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit*, non est referendum ad ultimam speciem, quae tractatur in verbis *aliud existimandum*, sed ad initium legis, ubi tractatur casus, quo colonus, qui nostro nomine in possessione erat, mortuus est; etenim J. C. in verbis *aliud existimandum* referebat casum, quo possessionem amitteremus, alio nostro nomine in possessione existente, tum in verbis *sed haec ita esse vera* subjicit exceptionem, quae exceptio continet casum, quo possessio non amittitur; non potest itaque haec pertinere ad ultimam speciem, cum omnis exceptio debeat esse de regula; itaque ea necessario referenda sunt ad primam speciem, quae refertur initio legis, in qua J. C. dicebat *possessionem retineri*; quod etiam probatur ex verbis finalibus ejusdem §, dum ait *sed semper in hereditate coloni manserit*, quibus se manifeste refert ad speciem initio legis tractatam. Hoc ultimum tamen correctum est per imperatorem in *L. ult. cod. h. t.*, in qua ille statuit ut, si colonus vel alius, qui nostro nomine in possessione erat, possessionem prodiderit, id est ex ea discesserit, alius eam occuparet, tunc dominus nihilominus possessionem retineat, secutus in eo sententiam Proculi, quae extat in *L.* 31 *ff. de dol. mal.*; super hoc puncto enim fuerat controversia inter Sabinianos et Proculeianos; sententia Sabini refertur in *L.* 40 § 1 *ff. h. t.*: haec enim lex est Africani, qui fuit discipulus Juliani,

Digitized by Google

qui Julianus fuit Sabinianus, ut constat ex *L.* 2 § *ult. in fine ff. de orig. jur.* Hanc controversiam imperator sustulit in illa lege; unde jam quaeritur an idem dicendum sit, si colonus vel alius, qui nostro nomine in possessione erat, rem illam alteri tradiderit, an nihilominus retineamus possessionem, et ita, an etiam hunc casum imperator corrigere voluerit? Et verius videtur id correctum non esse, ideoque hoc casu possessionem adhuc intelligi amissam: ejus ratio est, quod juri veteri tamdiu sit standum, quamdiu non reperitur correctum: imperator autem in *cit. L. ult. cod. h. t.* tantum agit de casu, quo colonus prodiderit possessionem: do casu autem, quo tradiderit et in alium transtulerit, non loquitur; itaque hoc in casu jus vetus adhuc obtinet, idque tanto magis, quod imperatori tantum propositum fuerit decidere quaestionem controversam inter Proculeanos et Sabinianos: tantum autem controversum fuit inter illas sectas, utrum in casu proditionis possessio intelligeretur amissa: de altero casu, quo colonus vel alius possessionem alteri tradidit, nulla fuit controversia, ut constat ex *L.* 33 § 4 *ff. de usurp. et usucap.*

Nec quis dicat quod illa lex sit Juliani, quem ante diximus esse Sabinianum: hoc enim nihil facit, cum in illa lege dicat *palam est*, quo ipso satis insinuat, suo tempore nullam desuper natam esse controversiam.

Non obstat etiam quod imperator dicat, se nolle, ut penitus domino aliquid praejudicii generetur; quia hoc intelligendum est de casu, quem ibidem tractat.

Nec obstat etiam, quod imperator pro ratione suae decisionis alleget, *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat;* quae ratio in utroque casu aequaliter militare videtur; sed illa ratio est accipienda iterum pro subjecta materia, de qua imperator ibidem loquitur, et ad eam restringenda: satis etiam inter omnes convenit, quod rationes a Justiniano in legibus suis allegatae plerumque non sint adaequatae aut exactae, sed aliquando generaliores, ita ut omnino contra mentem et scopum ejus fieret, si eas extenderemus ultra casum in lege aliqua tractatum; hinc ergo ista ratio est restringenda ad casum, de quo tractat, tanto magis quod haec lex sit una ex quinquaginta decisionibus, quas ipse fecit, in quibus, in allegandis rationibus minus exactus fuit.

Obj. quod si quis ingressus sit fundum meum, possessionem retineam, donec reversus expulsus fuero, aut abjecerim animum recuperandi, sicque solo animo retineam possessionem; atqui etiam eo casu, quo colonus tradidit possessionem, ego retineo animum mihi habendi; ergo et in eo casu debeo retinere possessionem. Sed disparitas est, quod in casu thesis per me ipsum non detinerem possessionem, sed corpore coloni, qui mihi praestabat ministerium corporis sui, *ipseque in possessione erat*, ut ait J. C. in *L.* 10 § 1 *ff. h. t.*: hoc ipso autem, quo is possessionem alteri tradidit, desinit mihi praestare ministerium corporis sui, adeoque ego non possum amplius intelligi possidere. Sed aliud est quando aliquis, me absente, ingreditur possessionem; tunc enim ego intelligor adhuc retinere possessionem, et quidem eam ipsam, quam habebam, antequam inciperem abesse, id est non tantum civilem, sed etiam naturalem, idque ideo quia adhuc sperare possum, ut postea reversus eum dejiciam.

Obj. adhuc *L.* 8 *ff. h. t.*, in qua dicitur, quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est; ergo, ajunt, solo animo possessio potest retineri: ast respondetur quod ille animus in casu, quo colonus possessionem alteri tradidit, esset inefficax, et per consequentiam inutilis ad retinendam possessionem; jam autem, quod dicitur, solo animo posse retineri possessionem, hoc intelligendum est de animo efficaci, qui scilicet sit conjunctus cum facultate aut spe morali detinendi; haec autem facultas prorsus deest quando colonus possessionem, quam habebat, in alterum transtulit, tunc enim, neque per me ipsum, neque per colonum possum intelligi possidere, cum alter ipsam possessionem habeat: id autem sic intellexisse J. C. patet ex *L.* 3 § 6 *et L.* 30 § 1 *et seqq. ff. h. t.*, quae sunt ejusdem Pauli, et in quibus contrarium aperte statuit.

Refert ibidem *L.* 3 § 6 casum, quo solo animo possessio amittitur; scilicet, quo quis in fundo existens constituit se nolle amplius possidere: tali casu ait, possessionem statim esse amissam, quamvis corporaliter adhuc fundo incumbat, quia scilicet ista corporalis detentio sine animo sibi habendi est inefficax: parum enim interesse videtur, utrum quis fundum detineat, an vero ita detineat, ut nolit eum sibi habere, nec ullum commodum ex eodem percipere, talisque non videtur magis possidere, quam is, qui transit per fundum aliquem animo ibidem non manendi, quem omnes admitterent non possidere, idque, quia non habet animum sibi habendi: itaque quod dicitur solo animo posse retineri possessionem, hoc, ut diximus, est intelligendum de animo efficaci, sicuti ad retinendam possessionem etiam non sufficit detentio qualiscumque, sed detentio efficax.

§ XXII.

Huc usque vidimus quomodo, invitis nobis, possessio amittitur: nunc videamus quomodo, volentibus nobis, possessio amittitur. Haec autem amittitur solo animo, quod non sic intelligendum est, quasi hoc ipso, quo iste animus nobis deest, possessio amittatur, alias enim dormiens et furiosus amitterent possessionem: sed requiritur, ut animo nostro

Digitized by Google

in contrarium itum sit, id est, ut nolimus amplius eam rem possidere, cujus possessionem ante habebamus, quod J. C. expressit in *L.* 8 *ff h. t.*; itaque, quamvis furiosus propter furorem et dormiens propter somnum desinant habere animum sibi habendi, non tamen possessionem amittunt; hic autem animus non solum verbis, sed et facto, puta per traditionem vel derelictionem rei possessae, potest manifestari.

§ XXIII.

Quaeri potest an, re aliqua sequestrata, possessio transeat in sequestrem: et juxta ante dicta dicendum non transire, nisi ipsa possessio fuisset sequestrata, quia sequestri res non traditur dominii aut possessionis transferendae causa, sed tantum custodiae causa, quam custodiam is praestare potest, licet in eum possessio non transferatur, modo eam corporaliter detineat; nec obstat *L.* 17 § 1 *ff. depositi*, in qua dicitur: *rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita sit;* nam ibidem J. C. agit de casu, quo ipsa possessio esset sequestrata, ut satis patet ex verbis sequentibus dum ait, *nam tunc demum sequester possidet*, itaque ordinarie non possidet, redditque tunc rationem cur possessio in casu transeat, scilicet quod, ea depositione id agatur, ut neutrius possessioni tempus procedat.

§ XXIV.

In *L.* 3 § 19 *ff. h. t.*, et etiam in variis legibus traditur haec regula, *quod nemo possit sibi ipsi mutare causam possessionis*, quo referri potest exemplum *L.* 2 § *ult. ff. pro hered.*, in qua proponitur quod pater filio in potestate res aliquas donaverit, quaeritur an mortuo patre filius has res possit usucapere titulo pro herede, etenim titulo pro donato usucapere non poterat, cum donatio esset nulla, sicque tantum habebat titulum putativum in errore juris fundatum, qualis ad usucapionem non sufficit? Dicit autem J. C. quod non possit usucapere eas res, nisi patri ex asse extiterit heres; pro ea enim parte, pro qua non est heres, non potest usucapere pro herede, quia sic sibi mutaret causam possessionis. Haec tamen ita, nisi superveniat novus titulus vel causa; tunc enim non videtur sibi mutasse causam possessionis, utpote quam aliunde acquisivit; hinc, si depositarius vel conductor a deponente vel locatore rem depositam vel conductam emerit, jam poterit usucapere titulo pro emptore, quamvis ante emptionem possederit titulo ad usucapionem fallibili: idem dicendum, si aliquis forte, dimissa priori possessione, ex alia causa possessionem apprehendisset (*L.* 19 § 1 *ff. h. t.*); illa regula non obstat etiam quominus quis id, quod ante suo nomine possidebat, possit incipere alieno nomine possidere, cum hoc effectu, ut ipse possessionem amittat, et eadem in alterum transeat, cujus nomine incipit possidere, quod negotium solet vocari *constitutum possessorium*, ut enim quis possit videri sibi ipsi mutasse causam possessionis, debet retinere eandem possessionem; hic autem eam amittit; quod etiam J. C. in *cit. L.* reflectit, dum ait *nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio*; nec facit quod rem illam retineat, quia id rursus J. C. animadvertit, *non idem possidere, et nomine alieno possidere*; quia tamen nomine meo non amplius detineo, sed alieno, intelligor quasi procurator ejus, et ita, ut ei acquiratur possessio, requiritur, ut ipse sciat me constituisse possidere nomine suo, sine animo enim possessio non acquiritur.

TITULUS III.

DE USURPATIONIBUS ET USUCAPIONIBUS.

TITULUS IV.

PRO SOLUTO (*).

TITULUS V.

PRO EMPTORE.

TITULUS VI.

PRO HEREDE VEL PRO POSSESSORE.

TITULUS VII.

PRO DONATO.

TITULUS VIII.

PRO DERELICTO.

TITULUS IX.

PRO LEGATO.

TITULUS X.

PRO DOTE.

TITULUS XI.

PRO SUO.

Junctis TITULO I. lib. XLIV. Dig. de exceptionibus, praescriptionibus et praejudiciis, et TITULO XXVI. lib. XI. ff de praescriptionibus.

(*) Questo titolo, che sotto tal nome va riportato nella volgare edizione dei digesti, è stato da noi riportato, come era d'uopo, al tit. e lib. XVII pag. 307, con la rubrica pro socio. Nelle Pandette Fiorentine fa continuazione del tit. *de usurpat. et usucap.* Nel codice il titolo *pro socio* è il 37°, del lib. IV (*L'Editore*).

Hic repetenda sunt dicta in *Recit. Hein. tit. VII. lib. II.* Sub his titulis integram materiam praescriptionis trademus, et quidem.

§ I. Quid sit usurpatio.
§ II. Quid sit praescriptio in genere, ex qua oritur prima divisio praescriptionis in positivam et negativam.
§ III. De praescriptione immemorabili.
§ IV. Quodnam tempus ad eam requiratur.
§ V. De divisione praescriptionis positivae in longi et longissimi temporis.
§ VI. Unde praescriptio suam habeat originem.
§ VII. Quaenam requirantur ad praescriptionem longi temporis, et de bona fide.
§ VIII. Exponitur *L.* a § 2 *ff. pro empt.*
§ IX. An ad praescriptionem sufficit aliquem credere se juste possidere.
§ X. An sufficiat in emptione-venditione adesse bonam fidem tempore traditionis.
§ XI An, ut usucapio titulo pro emptore procedat, etiam emptor non debet persolvisse pretium.
§ XII. An bona fides requiratur in praescriptione longissimi temporis.
§ XIII. An bona fides debet esse continua.
§ XIV. An idem dicendum de praescriptione negativa.
§ XV. Qualis bona fides hodiedum et jure canonico in decursu praescriptionis requiritur.
§ XVI Quid si res successive ad plures pervenerit.
§ XVII. Quid si defuncto supervenisset mala fides, an heres ejus posset usucapere.
§ XVIII. De titulo requisito ad usucapionem.
§ XIX. An titulus requiratur in praescriptione servitutum, in longissimi temporis, in praescriptione immemorabili.
§ XX. De titulo pro soluto.
§ XXI. Pro emptore.
§ XXII. Pro herede vel pro possessore.
§ XXIII. Pro donato.
§ XXIV. Pro derelicto.
§ XXV. Pro legato.
§ XXVI. Pro dote.
§ XXVII. Pro suo.
§ XXVIII. De possessione ad usucapionem requisita.
§ XXIX. An per litis contestationem interrumpatur usucapio.
§ XXX. Quare potius praescriptio negativa interrumpatur per litis contestationem, quam positiva.
§ XXXI Quo tempore compleatur praescriptio.
§ XXXII. Si quis eorum, inter quos currit praescriptio, aliquo tempore fuerit absens, et aliquo tempore praesens.
§ XXXIII. Videbimus de accessionibus temporum.
§ XXXIV. Quid circa hanc accessionem statuendum sit in successore particulari.
§ XXXV Ultimum requisitum, ut res usucapi possit.
§ XXXVI. Quaedam res nullam prorsus praescriptionem admittunt, aliae tantum praescriptionem longissimi temporis.
§ XXXVII. De lege Julia et Plautia.
§ XXXVIII. Quid de fructibus rei furtivae.
§ XXXIX. Quid de partu ancillae furtivae.
§ XL. Continuatio ejusdem.
§ XLI An pignus subreptum usucapi possit.
§ XLII. Quandonam vitium rei furtivae dicitur purgatum.
§ XLIII. Effectus usucapionis completae.
§ XLIV. De praescriptione jurium.
§ XLV. De praescriptione redituum.
§ XLVI. De praescriptione jurium spiritualium.
§ XLVII. De praescriptione negativa jurium.
§ XLVIII. De praescriptione negativa redituum.

§ I.

Usurpatio est usucapionis interruptio; usurpare enim est usu, id est possessione retinere; proinde interruptio usucapionis duplex distinguitur, naturalis et civilis; naturalis usurpatio fit, cum possessio revera amittitur, sive nobis volentibus, sive invitis; civilis usurpatio maxime contingit litis contestatione cum possessore facta.

§ II.

Praescriptio in genere definiri potest, modus acquirendi jus, vel extinguendi actionem privilegio temporis; omnis enim praescriptio eo tendit, ut jus novum nobis acquiramus, vel jus, quod alter contra nos habet, extinguamus; unde oritur prima divisio praescriptionis in positivam et negativam: positiva est ea, per quam volumus jus novum nobis acquirere, quod antea non habebamus: negativa est, per quam volumus elidere actionem, quam alter contra nos habet; quando agimus de priori, solemus dicere in accusativo *praescribere jus vel rem*; quando agimus de negativa, solemus loqui in dativo *praescribere juri vel actioni*.

§ III.

Dividitur etiam praescriptio in memorabilem et immemorabilem; prior est dum aliquis hominum de facto viventium testatur se vidisse, aut ab aliis audivisse, qui viderant, quod haec res aliter se haberet: praescriptio immemorabilis est, quae hominum memoriam excedit, ita ut nullus hominum de facto viventium testari possit quod ipsi viderint, aut ab aliis audiverint, qui viderant, quod haec res, de qua agitur, aliter se haberet. Itaque ad praescriptionem immemorabilem non requiritur, ut per instrumenta aut aliter probari non possit, quod haec res aliter se habuerit; si hoc enim requireretur, vix unquam praescriptio immemorabilis posset habere locum, cum ex historiis aut aliis instrumentis publicis plerumque probari possit, quod haec vel illa res ad alios pertinuerit; sufficit igitur quod nullus hominum de facto viventium possit effari quod ipse viderit, aut ab aliis, qui viderant, audiverit quod illa res aliter se haberet; nec quis dicat hoc non posse dici immemorabile, cujus contraria est memoria, quia respicitur ad memoriam actualem, sive praesentem eorum hominum, qui adhuc vivunt, qui ipsimet contrarium viderunt, aut ab aliis audiverunt. (Vide *L.* 28 *ff. de probat.*).

Digitized by Google

§ IV.

Non convenit inter omnes de tempore ad hanc praescriptionem requisito, aliqui enim requirunt ad minus 100 annos; sed dicendum pro hac praescriptione nullum tempus esse determinatum, sed sufficere modo excedat 40 annos,nec ullus meminerit quod contrarium viderit aut audiverit; etenim praescriptio haec non vocatur immemorabilis a diuturnitate temporis, sed a memoria hominum; unde sequitur quod testes, qui de hac praescriptione testantur, debeant esse ad minus 54 annis majores, etenim non admittitur testimonium ullius, nisi qui testetur de iis, quae contigerunt post pubertatem ejusdem: requiritur autem ut ad minus a 40 annis res ita se habuerit, ne alias haec praescriptio minori tempore compleretur, quam praescriptio longissimi temporis;sed an non requiritur, ut iidem testentur quod a majoribus suis audivorint quod ipsi contrarium non viderint? Id quidem aliqui requirunt, sed tamen id non videtur necessarium ad probandam praescriptionem immemorabilem, sed sufficit modo testes testentur,quod ipsi non viderint contrarium, nec audiverint ab aliis, qui viderant (*d. L.* 28). Ast quid de fama publica? De hac testes debere testari aliqui opinantur, propter verba J. C. in *d. L.* 28 *sed cum omnium haec est opinio;* sed J. C. in his verbis tantum vult, quod testimonium eorum, qui super hac re deponunt, debeat esse uniforme.

§ V.

Praescriptio positiva dividitur in praescriptionem longi temporis, et temporis longissimi; praescriptio longi temporis, postquam per Justinianum in usucapionem fuit transformata, fere coincidit cum ea, in quantum imperator ei tribuit vim et effectum usucapionis; unde eam J. C in *L.* 3 *ff. h. t.* definiri potest, quod sit adjectio dominii per continuationem possessionis tempore lege definito.

§ VI.

Undenam praescriptio suam ducat originem videamus. Et siquidem inspiciamus formam, quam leges civiles ei dederunt, ex jure civili suam originem trahit; si vero ab ista forma abstineamus, et praescriptionem in genere consideremus, etiam juri gentium adscribenda videtur, non quidem imperanti, sed suadenti. Haec quaestio non mere speculativa est, sed suam utilitatem habet; scilicet, si praescriptio sit juris civilis tantum et non juris gentium, sequitur,quod unus princeps contra alterum, aut una gens contra alteram non posset uti praescriptione, quantocumque etiam tempore possedisset: non posset etiam praescriptio a subdito principi vel etiam extero opponi; non possent etiam subditi unius principis uti praescriptione adversus subditos alterius; ubi, si praescriptio sit juris gentium, etiam unus princeps contra alterum, una gens contra alteram, subditus contra proprium principem: item subditi diversorum principum adversus se invicem uti poterunt praescriptione, saltem immemorabili; itaque, ut diximus, praescriptio juri gentium adscribenda videtur, saltem suadenti, quatenus eadem ratio utilitatis publicae, ex qua praescriptio inter privatos est inducta, ut J. C. ait in *L.* 1 *ff. h. t.*, suadet eam inter gentes esse admittendam, utilitas enim totius generis humani suadet eam inter gentes esse admittendam. Cum nulla forte sit provincia in mundo, quae continuo extitit sub imperio ejusdem principis aut reipublicae, sed imperia successu temporis frequenter fuerint mutata, bella forent continua et fere perpetua, si ab illis, qui aliquas provincias longo tempore possedissent pacifice, eaedem possent repeti, eo praetextu, quod olim ad alios pertinuerint; unde, cum multo majora mala generi humano obvenirent ex bellis continuis, quam obvenirent privatis ex incertitudine dominiorum, quae effecit ut praescriptio inter eos admitteretur, multo magis sane eadem inter gentes erit admittenda.

Nec obstat quod nemo dominio rei suae privari debeat sine facto suo et voluntate, item quod nullus debeat locupletari cum jactura alterius; nam similia principia cessant quoties utilitas publica contrarium exigit: sic, non obstantibus illis principiis, princeps, quoties utilitas publica exigit, potest aliquem privare dominio suo, illudque in alterum transferre. Non obstat etiam quod jus naturae non determinet tempus, quo praescriptio compleatur; quia id quidem non efficit, quominus praescriptio immemorabilis inter gentes sit admittenda dum nutem dicimus, praescriptionem esse juris gentium, non agimus de determinata aliqua specie praescriptionis, sed de praescriptione in genere considerata. Non obstat quoque § 1 *inst. h. t.*, qui videtur insinuare usucapionem jure civili esse introductam; nam ille § non agit de praescriptione in genere, sed de usucapione, quae, quatenus suam formam a legibus accepit, merito tamquam creatura legum civilium potest considerari.

§ VII.

Jam videamus de requisitis ad usucapionem sive praescriptionem longi temporis. Sunt autem quatuor, scilicet: bona fides, justus titulus, possessio continua per tempus a legibus definitum, et ut res possit usucapi; primo videamus de bona fide. Haec autem duplex est, positiva et negativa: positiva est opinio possessoris credentis rem esse suam, aut saltem se jure possidere; negativa est dum quis dubitat an res sit sua, an vero aliena, sed tamen alienam esse absolute ignorat; unde quaeritur

quaenam ex his ad usucapionem requiratur: et quidem, ut recte inchoetur, requiritur de jure civili bona fides positiva ab initio, et cum jus canonicum contrarium nullibi statuerit dicendum eam utroque jure ad usucapionem requiri: hoc autem probatur ex *L.* 6 § 1 *ff. pro empt.*, ubi proponitur, quod aliquis emerit decem servos, quorum nullus erat venditoris: emptor autem duos ex his servis sciebat non esse venditoris, alios octo existimabat esse venditoris: quaerit J. C. an emptor hos servos usucapere possit: et distingnit utrum emptor, qui duos sciebat venditoris non esse, sciverit quinam non essent venditoris v. g. Stichum et Pamphilum: hoc casu defectu bonae fidei hos duos usucapere non poterit, reliquos autem octo usucapiet, quia pro his habet bonam fidem positivam ab initio: si autem emptor de nullo determinato servo senserit, quem putaret alienum, tunc J. C. ait, quod nullum ex his decem possit usucapere; certo tamen emptor habebat bonam fidem negativam pro omnibus, quia nullum certum ac determinatum ex illis sciebat alienum, sed quia etiam de nullo certo aut determinato servo haberet bonam fidem positivam, quatenus de nullo servo certo effari posset aut credere, quod is esset suns, ideo defectu bonae fidei positivae nullum usucapere potest. Aliud exemplum est in *L.* 4 *ff. eod.*: aliquis emerat fundum, cujus partem pro diviso sciebat alienam: distinguit iterum J. C. utrum senserit de certa aliqua ac determinata parte, an non; priori casu usucapere poterit eam partem, quam venditoris esse putabat; posteriori nullam partem usucapiet, quia tali casu pro nulla parte fundi habet bonam fidem positivam, cum de nulla parte certo effari possit, quod ea sit sua. Aliud statuit J. C. in § 1 *ejusd. L.*, si partem pro indiviso, puta dimidiam, alienam esse credidisset: hoc casu alteram dimidiam, quam putat esse venditoris, usucapiet, quia pro hac iterum habet bonam fidem positivam, cum eandem certo credere possit esse suam factam per venditionem; ratio differentiae cum priori casu est, quod priori casu de nulla parte fundi certa aut determinata effari possit, quod in ea aliquid juris habeat; ast posteriori casu certo effari, et credere potest quod in quacumque parte fundi habeat unam dimidiam pro indiviso.

§ VIII.

Huc spectat *L.* 2 § 2 *ff. eod.*, ubi J. C. proponit, quod aliquis emerit fundum sub conditione, et quaerit, primo, an pendente conditione eum usucapere possit, et dicit non posse, quamvis etiam crediderit conditionem extitisse; quod tamen ita intelligendum est, nisi justam causam id existimandi habeat; tunc enim etiam titulo putativo usucapere posset, et ita J. C. sensisse patet ex comparatione, quam facit, dum ait: *similis enim est ei qui putat se emisse, qualis certe usucapere non potest, cum nullam justam causam existimandi illud habeat, et erret in facto proprio*, qualis error improbabilis est. Quaerit, secundo, J. C., quid si conditio extiterit, sed emptor ignoret conditionem extitisse, an quamdiu ignorat, illum usucapere possit: et Sabinus existimabat usucapionem inchoari posse; fundabat se in regula juris, quae ait, quod plus sit in veritate, quam in opinione: quamvis scilicet in casu ignoraret conditionem extitisse, et venditionem esse contractam, cum tamen a parte rei conditio extitisset, venditio vere erat contracta; confirmabat Sabinus suam sententiam hac paritate, quod, si quis emeret a vero domino, quem dominum non esse credebat, traditione facta nihilominus dominium acquireret (*L.* 9 § 4 *ff. de jur. et fact. ign.*); ergo, dicebat Sabinus, si emptor ignoret conditionem extitisse, et a parte rei extiterit, debet inchoari usucapio. Paulus tamen, qui est auctor hujus legis, satis insinuat usucapionem non inchoari, ut potest colligi ex verbis ejusdem, dum ait: *est tamen nonnulla diversitas*; in quibus respondet ad argumenta Sabini et eadem refellit, et recte; cum enim emptor ignoraret conditionem extitisse, non habebat adhuc bonam fidem positivam, sed tantum ad summum negativam: nec vere effari poterat, quod illa res esset sua: nec obstabat regula juris a Sabino allegata; est enim et alia directo contraria, quae ait, plus est in opinione, quam in rei veritate, quae posterior hic applicanda venit, et non prior, etenim quoties actus ab opinione dependet, locus est posteriori, jam autem usucapio ab opinione maxime dependet, quatenus ad eam requiratur bona fides, quae consistit in opinione possessionis; hac itaque potius, quam priori uti debuisset Sabinus: ea autem probat usucapionem in casu non posse habere locum. Non etiam obstat paritas, quam Sabinus allegabat ad confirmandam suam sententiam, hanc enim recte solvit J. C. in *d. L.* 2 § 2 dum ait: *est tamen nonnulla diversitas, quod, ibi cum rem putat alienam, quae sit venditoris affectionem emptoris habeat, at cum nondum putat conditionem extitisse, quasi nondum putat se emisse*: eo itaque redit disparitas, quod in casu objecto emptor habeat affectionem emptoris, et inde est quod dominium acquirat; ast in casu nostro antequam conditionem sciat extitisse, emptor affectionem emptoris non habet, et ideo nec usucapere potest.

§ IX.

Non semper ad usucapionem requiritur, ut ab initio, dum quis nanciscitur possessionem, existimet rem esse suam, sed sufficit modo credat se juste possessionem nancisci, ita ut nulli alteri, nequidem in conscientia, eam restituere debeat; nam et tunc potest videri possessionem nactus bona fi-

Digitized by Google

de, eoque referri potest exemplum, quod proponitur in *L.* 28 *ff. de nox. act.*, ubi proponitur quod servus Titii mihi damnum dederit injuria: is possidebatur a Maevio bona fide, quare contra eum egi actione noxali, isque mihi eum servum noxae dedit, postea Titius eum a me vindicare volebat, quem certo ipsi restituere debebam, si paratus esset mihi resarcire damnum illatum per servum; ast quia nolebat damnum resarcire, ipsum repuli exceptione doli mali; dicit J. C. quod si damnum mihi non resarciat, eum servum usucapere possim, quamvis sciens alienum possideam; hoc sane intelligendum est de scientia, quae defuit initio possessionis acquisitae, non de ea, quae postea supervenit; admodum enim ridicule et inepte J. C. hoc monuisset, cum certi juris esset tunc temporis malam fidem supervenientem non interrumpere usucapionem: ideo scilicet in casu usucapere potest quamvis servum alienum sciat, quia justam possessionem ejusdem erat nactus, nec alteri eum reddere debebat, quamdiu dominus nollet ipsi resarcire damnum per servum illatum. Idem adhuc videmus in actione de damno infecto, quando dominus aedium ruinosarum cavere detrectat, ideoque vicinus mittitur in possessionem ex secundo decreto, tunc enim, quamvis et hic alienas sciat, eas tamen usucapere potest.

§ X.

Vidimus hactenus ad usucapionem requiri bonam fidem positivam ab initio tempore traditionis; sed in emptione venditione id non sufficit; ut enim eo titulo usucapio procedat, debet insuper adesse bona fides tempore venditionis contractae, ut constat ex *L.* 2 § 1 *ff. pro empt.* Ratio differentiae potest colligi ex *L.* 15 § *ult. ff. h. t.*, scilicet quod in caeteros contractus, in quibus id agitur, ut dominium transferatur, etiam res aliena deduci possit licite: sic v. g. in stipulatione licite rem alienam stipulamur, ast nemo sciens licite rem alienam emit; et ratio hujus est quod in venditione venditor non debeat transferre dominium, sed defungitur transferendo vacuam possessionem; hinc, si quis sciens rem alienam emat, videbitur venditorem invitare ad delinquendum, quatenus scilicet venditor non debeat transferre dominium, si rem non habeat, facile invitaretur ad rem illam domino subripiendam ut sic obligationi suae, quam ex venditione contraxit, possit satisfacere; illud periculum non adest in caeteris contractibus, in quibus agitur de transferendo dominio in his enim absolute dominium transferri debet; sic v. g. in stipulatione promissor dominium rei promissae tenetur transferre, nec is defungeretur transferendo vacuam possessionem, ita ut quamvis eandem translulisset, nihilominus a stipulatore adhuc posset conveniri quasi nullo modo suae obligationi satisfecisset. Ast venditor, qui possessionem vacuam translulisset, quamvis dominium non translulerit, quamdiu res ista penes emptorem remanet, obligationi suae satisfecit, ideoque nullo modo, quamdiu res penes emptorem remanet, ab emptore conveniri potest; cum ergo is rem alienam tradendo suae obligationi satisfaciat, facile ipse alliceretur ad rem illam subripiendam domino, et ita emptor, qui scienter emit, delinquit; unde si usucapero posset, acquireret ex suo delicto; at in stipulatione cum promissor non satisfaciat rem alienam tradendo, non est periculum ne invitetur ad subripiendum, cum sciat, quod si dominium non transtulerit, obligationi suae non satisfaciat.

§ XI.

Sed an, ut usucapio titulo ***pro emptore*** procedat, etiam emptor non debet persolvisse pretium? Ratio dubitandi est quod, juxta § 41 *inst. de rer. divis.*, dominium rei venditae in emptorem non transferatur, nisi pretium fuerit solutum aut fides de eo habita; videbatur ergo dicendum quod ut emptor acquireret conditionem usucapiendi, deberet pretium esse solutum vel fidem de eo habitam; quatenus alias credere non posset rem venditam esse suam factam per traditionem. Verius tamen videtur id non requiri; constat enim ex *L.* 8 *ff. de public.* etc., emptorem, qui pretium necdum exsolvit Publiciana uti posse; jam autem constat, ex edicto praetoris, quod proponitur in *L.* 1 *ff. eod.*, eum tantum Publicianam habere, qui est in conditione usucapiendi; igitur cum talis emptor, pretio necdum soluto, Publiciana uti possit, is etiam poterit usucapere.

Quod diximus, bonam fidem requiri tempore traditionis, in tantum verum est, ut, si quis bona fide possessionem nactus esset, et ante completam usucapionem eam amisisset, tum rursus recuperasset, iterum requireretur ut initio secundae acquisitionis bonam fidem positivam haberet; etenim, possessione interrupta respective ad usucapionem, perinde est ac si nunquam acquisita fuisset (*L.* 7 § 4 *ff. pro empt.*).

§ XII.

Haec bona fides non tantum requiritur in praescriptione longi temporis, sed et etiam in praescriptione longissimi temporis, sive 30 vel 40 annorum, in ordine scilicet ut per eam acquiratur dominium, aut alter, contra quem praescriptio completa est, jure suo privetur, illudque acquiratur ei, qui praescripsit; nam alioquin in ordine ad actionem, quae domino vel alteri, contra quem praescriptio completa est, competebat, praescriptio longissimi temporis etiam sine bona fide compleri potest. Sed dicet quis, quid igitur interest utrum bo-

Digitized by Google

na fides adfuerit, necne, cum dominus equidem post lapsum 30 annorum rem suam non possit vindicare ab eo, qui mala fide rem istam possidet? Multum sane; nam si bona fides adfuerit, dominus nunquam amplius rem suam recuperare poterit, quamvis forte per praescribentem, amissa possessione, res illa penes alterum extaret; ubi si fuerit in mala fide, et is forte postea amiserit possessionem, sicque res illa penes alterum existat, dominus, qui per praescriptionem dominium non emisit, jam rem suam ab isto altero cum effectu vindicare posset, saltem si is a praescribente causam non habeat.

§ XIII.

Sed an haec bona fides debet esse continua per totum tempus a legibus requisitum? Et quidem satis constat, quod de jure civili mala fides superveniens non interrumpat usucapionem semel bona fide incoeptam, quod tamen aliter se habet, eodem jure, in perceptione fructuum; cum enim bonae fidei possessor fructus percipiendo suos faciat, non sufficiebat ei, quod bona fide possessionem nactus esset, sed in singula perceptione ipsi bona fides adesse debebat, ut fructus percipiendo suos faceret (*L.* 23 § 1 et *L.* 48 § 1 *ff. de acq. rer. dom.*). Ratio est, quod perceptio fructuum sit multiplex, ideoque in singula perceptione bone fides adesse debet, ne alias ex suo delicto videatur acquirere; est usucapio consistit in unico et non interrupto actu, cujus initium sufficit bona fide niti: aliam adhuc rationem allegat J. C. in *d. L.* 48 § 1, quod scilicet, perceptio fructuum sit facti, usucapio vero juris; hinc in singulo perceptione bona fides adesse debet, ne ex suo delicto acquirat, sed in usucapione leges ipsaemet, impleta usucapione dominium adjiciunt ipso jure ei, qui usucepit. Jure autem canonico bona fides continua requiritur per totum tempus, et mores nostri hac in parte jus canonicum secuti sunt; et cum pontifex in *cap. ult.* ✠ *h. t.* decisionem suam stabiliat in periculo peccati, idem videtur dicendum in praescriptione longissimi temporis, quamvis ad banc, jure civili, non requiri bonam fidem ab initio § *praeced.* diximus.

§ XIV.

Sed an idem dicendum est in praescriptione negativa, quando quis v. g. alteri certam summam vel rem debet, an ex eo solo quod debeat, illudque sciat se debere, intelligitur esse in mala fide, ideoque de jure canonico et moribus nostris praescribere non poterit? Et quidem certum est quod, jure civili, talis praescribere non impediretur, uti probant *L.* 3 et 4 *cod. de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*, modo scilicet ante non esset facta interpellatio judicialis. Sed nec de jure canonico et moribus nostris ex hac causa videtur impediri praescriptio, si modo nulla praecesserit interpellatio, neque judicialis, neque extrajudicialis; si enim illa praescriptio impediretur, deberet esse defectu bonae fidei; ast haec etiam in casu adesse potest, imprimis enim debitor, qui rem aliquam debet, quamvis sciat se debere, nihil alieni possidet, res enim debita ejus adhuc est, donec eam solverit; ut itaque intelligatur esse in mala fide, deberet hoc contingere ex eo, quod intelligeretur aliquam injustitiam committere contra obligationem, qua creditori suo tenetur; ast talis non potest videri intercedere ex eo solo, quod sciat se debere, non enim debitor sponte solvere tenetur, aut se ipsum interpellare ad solvendum, et ex eo solo quod non solvat, cum sciet se debere, non potest intelligi injustitiam committere. Probatur haec sententia peritate insolubili desumpta a servitutibus; si enim alicui per fundum meum competat servitus itineris, egoque id probe sciam, et is per 10 annos nunquam iverit per fundum meum, et ego eum nunquam prohibuerim quominus iret, praescribam servituti, quae ipsi in fundo meo competit, et quidem utroque jure tam canonico, quam civili, quamvis sciem servitutem ipsi competere per fundum meum; ergo similiter, quamvis sciam me debere, potero praescribere; itaque non obstat quod debitor sciat se debere, et tamen non solvat, sicque debeat videri in mala fide, quia, ut ante diximus, id non sufficit ad eum constituendum in mala fide. Nec quis dicat quod habeat scientiam juris alieni, quatenus sciat creditorem habere jus exigendi, nam, cum omni momento paratus sit ei solvere, ut supponitur, illa scientia juris alieni non potest eum constituere in mala fide. Nec etiam obstat quod, si quis sciens jus eligendi vel praesentandi alteri competere, ipsemet elegerit vel praesentaverit, non possit praescribere juri eligendi vel praesentandi; nam in hoc casu agitur de praescriptione positiva, in qua scientia juris alieni malam fidem inducit; ast nos agimus de praescriptione negativa, in qua scientia juris alieni malam fidem non inducit; quia ad praescriptionem positivam requiritur possessio: nemo autem sine injustitia rem alienem sciens possidere potest; sed ad praescriptionem negativam nulla possessio requiritur. Nota tamen hic esse abstrahendum a specialibus circumstantiis, si enim v. g. debitor sciret creditorem ignorare sibi aliquid deberi, ita ut si debitum scivisset, quam primum illud exegisset, v. g. agitur de herede creditoris, qui ignorat, uti facile contingere potest, defuncto aliquid deberi, debitor autem sciat heredem id ignorare, ideoque non solvit, talis sane in conscientia praescribere non posset.

§ XV.

Sed qualis bona fides in decursu praescriptionis hodiedum et jure canonico requiritur, an po-

Digitized by Google

sitiva, an vero etiam negativa sufficit? Et quidem, quamvis, ut vidimus, requiratur bona fides positiva ab initio, in decursu tamen negativam sufficere verius est; etenim de jure civili mala fides superveniens praescriptionem non interrumpebat. Illud correxit jus canonicum, sed tantum quatenus alias verteretur periculum peccati; jam autem, modo adsit bona fides negativa, periculum peccati penitus est exclusum, et citra ullam injustitiam res illa retinetur, nam si forte possessor postea dubitare incipiat an res sit sua, an vero aliena, paria forte argumenta habeat in utramque partem, licite se determinare potest pro retentione rei, quam sic possidet, cum in pari causa melior sit conditio possidentis.

§ XVI.

Saepe contingit ut ante completam usucapionem, res successive ad plures perveniat, quorum unus in locum alterius subintrat et ab eo causam habet; unde tunc quaeri potest, quid si forte primus extiterit in mala fide, an mala fides ejus alteri noceat; similiter utrum bona fides ipsius successori prosit? Et siquidem agatur de successione universali, qualis est heres, bonorum possessor etc., mala fides auctoris successori nocebit in tantum, ut successor nequidem a se ipso possit incipere usucapionem, ut clare probat *L.* 11 *ff. de divers. temp. praescr.*, ubi J. C. sic ait: *cum heres in jus omne defuncti succedit ignoratione sua defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum precario possedit usucapere non poterit, quod defunctus non potuit*: dicit ergo heredem *subintrare in vitia*, hoc est, in malam fidem defuncti; et inde infert quod heres usucapere non possit quod defunctus non potuit, id est, cum heres personam defuncti repraesentet et in ejus jura succedat, eadem ratione etiam succedit in ejus vitia.

§ XVII.

Quod si defunctus nactus esset possessionem bona fide, sed ante completam usucapionem ei supervenisset mala fides, an jam heres usucapere poterit? Et quidem sic usucapere non potest, ut utatur accessione temporis, quo defunctus possedit, cum defunctus fuerit in mala fide, sicque de jure canonico et moribus nostris usucapere non potuerit, non debet autem heres ex capite defuncti plus juris habere, quam ipse defunctus habuisset; sed tamen videtur quod heres ex sua persona possit incipere usucapionem, si modo ipse in bona fide existat, uti decisum refert Wynants (*decis.* 196), et sane; imprimis enim hic non obstat jus civile, quo mala fides superveniens usucapionem non interrumpebat, sed nec etiam obstat jus canonicum, ut enim vidimus, illud jus tantum intendit praecavere ne praescriptio currat cum periculo peccati vel injustitiae: sed cum heres supponatur in bona fide non est periculum ne ipse, quamdiu in bona fide existet, rem istam detineat cum periculo peccati aut injustitiae: cum ergo neutro jure usucapio impediatur, dicendum heredem ex sua persona eam incipere posse.

Nec obstat *cit. L.* 11, in qua dicitur heredem subintrare in vitia defuncti, adeoque quod sicuti defunctus non potuit usucapere ita nec heres; nam ista lex egit de eo, qui mala fide possessionem nactus erat, sicque habebat possessionem vitiosam respective ad usucapionem, quae possessio, cum ad heredem transeat, prout erat apud defunctum, nec ipse heres usucapere poterit; sed nos agimus de eo, qui ab initio in bona fide, sicque erat constitutus in conditione usucapiendi.

Nec quis instet et dicat quod, postquam ipsi supervenerit mala fides, desierit usucapere, adeoque cum vitia defuncti in heredem transeant, nec heres ejus usucapere possit; nam quod dicitur malam fidem defuncti in heredem transire, id tantum importat quod heres fingatur esse in eadem mala fide, in qua fuit defunctus: de caetero naturaliter is in mala fide non existit, jam autem illa mala fides ficta non impedit, quominus usucapio procedat, ut enim jam saepe diximus, jus canonicum tantum voluit excludere periculum peccati, ubi autem deest mala fides naturalis, quamvis adsit mala fides ficta, nullum periculum peccati versetur ex parte illius, qui cum tali mala fide ficta rem detinet.

Si autem agatur de successione particulari, tunc, nec mala nec bona fides auctoris de jure civili nocebat aut proderat successori; unde is ex persona sua usucapionem incipere poterat, quamvis auctor in mala fide extitisset; similiter, si ipse in mala fide sit, usucapionem ex persona sua complere non poterat quamvis auctor extitisset in bona fide; si tamen uterque in bona fide extitisset, accessioni temporis auctoris sui uti non prohibebatur. Ast jure novissimo si auctor extitisset in mala fide, successor autem in bona fide, a persona sua non potest incipere usucapionem vel praescriptionem longi temporis, si dominus alienationem rei suae, et ubinam extat ignoret. ut in *Nov.* 119 *cap.* 7, ubi imperator id constituit, unde tunc opus erit praescriptione longissimi temporis.

§ XVIII.

Hactenus egimus de bona fide: nunc videamus de titulo ad usucapionem requisito. Requirebatur autem justus titulus, id est, titulus translativus dominii, quales sunt tituli pro emptore, donato, legato etc. Hic, titulus solet dividi in verum, et coloratum sive putativum: titulus verus est, qui e parte rei intervenit, v. g. si a parte rei res aliqua

vendita sit aut donata: titulus putativus est, qui putatur intervenisse, sed a parte rei non intervenit, v. g. si putatur emptio inita, quae inita non est; unde quaeritur quisnam titulus ad usucapionem requiratur? Et juxta *L.* 27 *ff. h. t.* requirebatur verus, nec sufficiebat putativus, sic ait ibidem Ulpianus: *Celsus lib.* 34 *errare eos ait, qui existimarent cujus rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse, nil referre emerit, nec ne, donatum sit, nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato, neque pro donato, neque pro dote usucapio valet, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit:* decidit ergo requiri titulum verum, ita ut si titulus putativus tantum intervenerit, nequidem pro suo usucapio procedat. Postea tamen ab isto rigore recessum fuit publicae utilitatis causa, quae maxime per usucapionem promovetur, ita ut etiam putativus sufficeret, modo non fundetur in errore facti proprii, vel in errore juris, idque constat ex *L. ult. ff. pro legat.*, item ex *L. ult.* § 1 *ff. pro suo.* Ideo autem non sufficit titulus putativus, si fundetur in errore facti proprii, quia unusquisque proprium factum ignorare non debet, ideoque talis error reputatur improbabilis; ideo etiam non sufficit error juris, quia error juris nunquam prodest acquirere volentibus, in usucapione autem vertitur causa lucri; hinc si quis rem emerit a pupillo sine tutoris auctoritate, et putet venditionem valere, videndum an sciverit eum esse pupillum, an vero ignoraverit; primo casu usucapere non poterit, quamvis putaverit pupillos posse res suas alienare, quia hic versatur in errore juris; secundo autem casu, cum forte pupillus pro habitu corporis pubes videretur, talemque forte vicini assererent, usucapere poterit, quia hic habet titulum putativum fundatum in errore facti alieni; si autem quis emisso se putet, cum tamen non emisset, usucapere non poterit, quia errat in facto proprio: aliud esset, si alteri mandasset ut rem suo nomine emeret, et is non emisset, sed domino substraxisset et tum mandanti tradidisset, hoc casu usucapio procederet, quia in facto alieno erraret.

§ XIX.

Hic autem titulus non requiritur in praescriptione servitutum, sed sufficit quod quis non vi, non clam, non precario usus sit servitute, prout in *lib.* 8 *ff.* diximus: similiter nec titulus requiritur in praescriptione longissimi temporis, sed in hac titulus praesumitur, nisi contra praescribentem militet praesumptio, et econtra stet praesumptio pro eo, contra quem praescribitur; v. g. si quis velit praescribere decimas in aliena parochia, requiritur titulus, quia pro parocho stat praesumptio, et contra praescribentem militat praesumptio, cum jure communi parochus habeat fundatam intentionem in jure pro omnibus decimis suae parochiae. Multo minus titulus requiritur in praescriptione immemorabili, et quidem hic indistincte, sive contra praescribentem militet praesumptio, sive non.

§ XX.

Titulo pro soluto usucapit, qui rem alienam, bona fide solutionis causa a non domino accepit existimans eum esse dominum, eamque possederit 10 annis inter praesentes, et 20 inter absentes: caeterum solvens condicere poterit, sicuti diximus in tit. *de condictione indebiti.*

§ XXI.

Pro emptore usucapit qui rem alienam bona fide emit, vel qui conventus in judicio pro aliqua re litis aestimationem praestitit, quia litis aestimatio emptioni similis est.

§ XXII.

Quandonam pro herede quis usucapere possit, non leve dubium est: Voëtius dicit quod hic titulus procedat, quando heres vult usucapere res defuncto commodatas aut depositas, putans eas fuisse defuncti; sed hoc casu usucapionem non posse habere locum probat *L.* 11 *ff. de divers. temp. praescrip.*, quae dicit quod illud, quod defunctus usucapere non potuit, nec heres possit: jam autem defunctus usucapere non potuit res apud se depositas, vel commodatas, quia deerant ipsi bona fides, justus titulus, et possessio; ergo nec heres eas usucapere poterat. Idem quoque probat § 4 *inst. h. t.*, ubi imperator tractans de usucapione rerum mobilium dicit, quidem rarius in iisdem procedere usucapionem propter vitium furti, quo plerumque sunt affectae, sed tamen id aliquando secus se habere, veluti dicit si heres res defuncto commodatas existimans hereditarias alteri vendiderit bona fide ementi, hic emptor eas usucapiet; jam autem imperator non debuisset exigere distractionem per heredem factam, ut tale exemplum, quo usucapio procedit, allegaret; nam et ipse heres eas hereditarias existimans in sententia Voëtii eas posset usucapere. Itaque quaerendum est aliud exemplum, in quo procedit titulus pro herede, et hoc erit in eo, qui v. g. justa de causa se heredem existimat, ex eo quod in primo testamento heres scriptus occupet res hereditarias ignorans illud primum testamentum per posterius esse ruptum; hic enim non tantum usucapiet res defuncti proprias, sed et etiam ei commodatas vel depositas etc. Imprimis usucapere poterit res defuncti proprias, si modo sit nactus possessionem earumdem; habet enim titulum putativum pro he-

Digitized by Google

rede fundatum in errore facti alieni, ergo habet omnia requisita ad usucapionem. Poterit insuper usucapere res defuncto commodatas, quia et in his habet omnia requisita ad usucapionem; nec facit quod defunctus eas usucapere non potuerit, quia defunctus ideo eas usucapere non poterat, quia deerant ipsi bona fides, justus titulus et possessio, quae omnia adsunt in ejus herede: nec quis dicat etiam verum heredem in exemplo Voëtii habere ex suo capite haec requisita, nam, quominus habeat, obstat vitium defuncti, in quod ipse succedit; sed heredi putativo illud vitium non obstat, cum ipse personam defuncti non repraesentet; similiter, titulo pro herede usucapi poterunt res defuncti codicillis legatae, cum forte heres ignoret codicillos extare (*L.* 9 *ff. pro legat.*). Aliud adhuc exemplum est, si v. g. post mortem defuncti res alienae sint immixtae hereditati, ignorante herede, et heres eas hereditarias existimans earum nactus sit possessionem. Nec quis dicat quod defunctus eas nunquam usucapere potuisset, non magis quam res sibi commodatas; nam disparitas est, quod cum defunctus has res nunquam detinuerit aut possederit, nunquam fuerit in bona aut mala fide respectu earum, unde nunquam respectu ipsius fuerunt termini habiles ad usucapionem; sed res defuncto commodatas ipse detinuit, et, si bona fides et justus titulus accessissent, usucapere potuisset; hinc cum defunctus non potuerit, nec heres poterit. Nec quis dicat quod etiam defunctus respectu earum in mala fide non fuerit, cum juste easdem detineret; nam quamvis respective ad detentionem in mala fide non esset, quamdiu commodans eas non repeteret, attamen erat in mala fide respective ad usucapionem; non enim eas tamquam suas detinebat, sed tamquam alienas.

Sed an is, qui titulo pro herede praescripsit vel usucepit res hereditarias, omnino erit securus, easque plene et irrevocabiliter suas faciet? Et siquidem 30 anni nondum sit clapsi a tempore delatae hereditatis, adhuc auferri poterunt per petitionem hereditatis; haec enim durat 30 annis.

§ XXIII.

Pro donato usucapit is, cui res aliena donationis causa tradita est, et possessa per triennium, si agatur de re mobili, per decennium vero inter praesentes et vicennio inter absentes, si agatur de re immobili, modo agatur de donatione inter vivos; si autem agatur de donatione mortis causa, rem quidem donatam adversus dominum usucapiet donatarius, sed donans quamdiu vivet eam condicere poterit, si convalescat, vel donatarius sit praemortuus, vel donantem poeniteat.

§ XXIV.

Si dominus rem suam pro derelicto habeat, necessaria non est usucapio ut alter eam acquirat, quia fit primi occupantis; sed si quis rem alienam, quam credebat a domino derelictam, possederit, eam usucapiet titulo pro derelicto.

§ XXV.

Titulo pro legato usucapio procedit, si legatarius rem alienam, putans esse defuncti, possederit tempore a legibus requisito, quamvis haec fuisset defuncto commodata etc.; cum enim legatarius non repraesentet defunctum, nec in vitia ejus succedat, nihil obstat, quominus ex sua persona usucapionem incipiat. Item legatarius rem legatam in testamento et ab herede praestitam usucapiet, quamvis codicillis adempta sit, modo hoc legatarius ignoraverit (*L ult. ff. pro legat.*). Sed hic aliquod dubium occurrit, scilicet, quod quando heres tale legatum exsolvit, solvendo transtulit dominium, et consequenter usucapione opus non sit, nimirum, is, qui indebitum per errorem solvit, nihilominus transfert dominium in accipientem, quamvis erronee solvat. Sed falsum est in casu dominium esse translatum; etenim heres legatum praestans proprie dici nequit solvisse, nec etiam animum solvendi habere potest, cum existimet dominium jam inde esse translatum in legatarium a momento aditae hereditatis et quidem ipso jure; jam autem nemo potest velle transferre dominium in alterum, quando alterum jam putat habere; cum itaque non voluerit transferre dominium in accipientem, nec translatum sit a tempore aditae hereditatis, cum legatarius non sit, sequitur quod heres manserit dominus ejus, et sic termini habiles sunt ad usucapionem, nec locus est condictioni indebiti. Aliud dicendum, si agetur de tali legato, in quo dominium rei legatae ipso jure non transit in legatarium a momento aditae hereditatis, sed demum post praestationem aut solutionem per heredem factam, ut, si res in genere, vel alternative, aut cum quantitas, vel res aliena, quam testator alienam sciebat, legata est; his enim casibus usucapioni pro legato in exemplo allegato locus non esset, sed legatum repeti posset per condictionem indebiti, quia hic per errorem dominium translatum esset.

§ XXVI.

Pro dote maritus usucapit, cum rem alienam bona fide in dotem accepit; sed illa usucapio non sibi, sed uxori proficiet. Caeterum haec accipienda sunt de dote inaestimata, nam si res aliena in dotem aestimatam marito data sit, hanc non titulo pro dote, sed titulo pro emptore usucapiet, cum illa aestimatio loco emptionis sit.

§ XXVII.

Titulus pro suo est duplex, scilicet generalis ...

specialis: generalis est, qui cum omnibus aliis concurrit, sic qui possident pro emptore, pro donato, legato etc. possident pro suo: specialis est, dum deficit titulus specialis, qui in jure speciali nomine sit insignitus, v. g. pro jurato, pro transacto, pro judicato, pro adjudicato etc.

§ XXVIII.

Tertium requisitum ad usucapionem est possessio: quae sit vera et proprie dicta, qua quis scilicet detinet rem animo sibi habendi, et de ea superiori titulo sufficienter actum est: requiritur autem possessio continua, eaque non interrupta, ita quidem ut, semel interrupta possessione, etiam usucapio prorsus interrumpatur, in tantum quidem ut, postea recuperata possessione, de novo sit inchoanda usucapio, ita ut denuo omnia requisita ad usucapionem adesse debeant; unde eo tempore, quo recuperatur possessio, bona fides adesse debet.

§ XXIX.

Quaeritur an per litis contestationem interrumpatur usucapio? Et verius est non interrumpi, sed etiam durante lite eam posse compleri: illud imprimis probat *L.* 2 § 21 *ff. pro empt.*, ubi J. C. id aperte decidit, et sic ait: *si rem alienam emero, et cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione*; non potuisset sane J. C. apertius loqui. Idem etiam probat *L.* 18 *ff. de rei vind.*, ubi J. C. sic loquitur: *si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit:* supponit ergo post litem contestatam usucapionem posse compleri. Prosequitur: *debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere:* subjicit rationem: *periculum est, ne eum vel pignoraverit vel manumiserit*; atque ista cautio foret inutilis, si per litis contestationem usucapio interrumperetur, eum enim res aliena nequeat oppignorari, aut servus alienus manumitti, nihil domini sive actoris interest quod, durante lite possessor eam rem oppignorasset vel servum manumisisset. Idem etiam a ratione satis clare probatur; non obstante enim litis contestatione, adesse possunt omnia requisita ad usucapionem; imprimis, ea non obstante, retinet titulum, retinet etiam possessionem, nam ad hunc finem litem contestatur. Tandem retinet bonam fidem, aut saltem retinere potest; fieri enim potest, ut possessor justissime eredat litem sibi calumniose moveri.

Nec quis dicat quod saltem dubitare incipiat an res sit sua, cum post motam litem scire debeat fieri posse, ut contra se pronuncietur; quia ibi adest ad summum bona fides negativa, quam hodiedum et jure canonico sufficere diximus.

Hoc tamen nota quod, quamvis durante lite usucapio compleatur, attamen si postea sententia feratur in favorem actoris, usucapio, quae, durante lite, completa fuit, rescindatur in favorem actoris, quasi nunquam completa fuisset: id autem exinde contingit, quod sententia lata retrotrahatur ad tempus litis contestatae, quasi tunc lata fuisset; et ideo retrotrahitur ad tempus litis contestatae, quia lata sententia in favorem actoris, is debet habere omnia, quae habuisset, si tempore litis contestatae res fuisset ipsi restituta.

Sed dicet quis: quid interest an dicamus usucapionem interrumpi per litis contestationem, an vero dicamus eam compleri, siquidem postea rescindatur? Multum sane; si enim sententia feratur in favorem possessoris, non erit amplius opus nova possessione, qua tamen opus fuisset, si per litis contestationem esset interrupta usucapio; praeterea, si actor ab actione desistat, adversus alios, qui forte ad eam jus habent, complebitur usucapio.

Obstat tamen *L.* 25 § 7 *ff. de petit. hered.*, in qua J. C. ait: *post litem contestatam omnes incipere esse malae fidei possessores*; item, *quod omnes possessores post litem contestatam pares fiant, et quasi praedones teneantur*: postea adhuc ait, *coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere*; sed haec omnia sunt accipienda de mala fide civili, non autem naturali, quatenus scilicet post litem contestatam res incipiat esse litigiosa, omnesque fructus restituendi veniant, quod contingit ex eo, quod post litem contestatam actor debeat habere omne id, quod habuisset, si tempore litis contestatae res ei restituta fuisset; certo, si J. C. hoc intellexisset de mala fide naturali, non deberemus dubitare quis erraverit, quod sane non est credendum: omnes enim intelligunt fieri posse ut, non obstante litis contestatione, possessor remaneat in bona fide.

Nec obstant etiam *L.* 3 *et* 7 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.* juxta quas praescriptio 30 annorum interrumpitur per litis contestationem; nam in his legibus agitur de praescriptione negativa, qua volumus excludere actionem, quam alter contra nos habet, et hanc fatemur interrumpi per litis contestationem; ast nos agimus de praescriptione positiva.

§ XXX.

Sed quaeret quis rationem cur potius praescriptio negativa interrumpatur per litis contestationem quam positiva? Ratio disparitatis in eo consistit, quod praescriptio negativa praesertim fundetur in negligentia ipsius actoris, qui intra 30 annos actionem suam non intentavit, unde haec necessario debuit interrumpi per litis contestationem. Ast praescriptio positiva non fundatur in negligentia domini rem suam non vindicantis, sed praesertim fundatur in utilitate publica, nititurque praecipue possessione continua, toto tempore a legibus requisito;

Digitized by Google

haec autem possessio per litis contestationem non interrumpitur; igitur nec usucapio seu praescriptio positiva debet interrumpi.

Objicit Voëtius contra dicta § *praeced.* quod, antequam Justinianus usucapionem transformasset in praescriptionem longi temporis, praescriptio longi temporis interrumperetur per litis contestationem, quod probat per *L.* 2 *et* 10 *eod. de praescript. long. temp.* item *per L.* 26 *cod. de reivind.*; ergo, inquit, post transformatam usucapionem in praescriptionem longi temporis, etiam per litis contestationem usucapio debet interrumpi. R/. Sed hoc ex legibus citatis non videtur probari: illae scilicet leges hoc tantum volunt, quod si postea feratur sententia in favorem actoris, usucapio vel praescriptio, quae durante lite fuit impleta, rescindatur, quasi completa non esset, quod ipsa verba *L.* 10 *et* 26 satis insinuant, dum in *L.* 10 *in fine* dicitur, *cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur*, eodem loco iterum dicitur, *quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur;* hoc volunt imperatores quod, lite contestata, sententia, quae postea fertur, retrotrahatur ad tempos litis contestatae: et per hos duos textus explicari debet id, quod paulo generalius dictum erat in *cit. L.* 2.

§ XXXI.

Nunc videamus de tempore, quo haec possessio requisita ad usucapionem debet continuari. Illud autem tempus olim in praescriptione mobilium erat annus, in usucapione immobilium biennium; sed post transformatam per Justinianum usucapionem in praescriptionem longi temporis, tempus praestitutum pro usucapione, uti et praescriptione longi temporis in mobilibus est biennium, in immobilibus vero inter praesentes est decennium, et inter absentes vicennium.

Sed quomodo illud tempus computatur, an naturaliter, id est, de momento ad momentum, an vero civiliter, id est, ut ultimus dies habeatur pro completo? Et juxta *L.* 15 *ff. de divers. temp. praescr.*, item *L.* 6 *et* 7 *ff. h. t.*, tempus illud computatur civiliter in praescriptione positiva; hinc si quis attigerit ultimum diem anni decimi in praescriptione longi temporis, intelligetur praescripsisse rem, quam possidet; in praescriptione autem longissimi temporis, si attigerit ultimum diem anni trigesimi, similiter intelligetur praescriptum. Aliter dicendum in praescriptione negativa; in hac enim non sufficit ultimum diem advenisse, sed debet is in totum praeteriisse; hinc creditor adhuc ultimo die anni trigesimi potest actionem suam intentare, et sic praescriptionem negativam interrumpere (*L.* 6 *ff. de oblig. et act.*). Ratio differentiae est, quod in praescriptione positiva tempus praestituatur ipsi praescribenti; sic enim leges loqui solent, *si toto tempore possederit:* in praescriptione autem negativa tempus non praefigitur ipsi praescribenti, sed ei, contra quem praescribitur; sic enim loqui solent de hac praescriptione, *si creditor intra* 30 *annos non egerit;* jam autem, an ultimus dies coeptus habeatur pro completo videndum an ei, cui tempus praefigitur, sit favorabile ut pro completo habeatur; si hoc ei sit favorabile, pro completo habebitur; si non sit favorabile, pro complete non habebitur, sed ultimus dies integer debet praeterivisse, quia autem in praescriptione positiva tempus praescribendi praefigitur ei, cui favorabile est illud pro completo haberi, pro completo habebitur; quia vero in praescriptione negativa tempus praefigitur ei, contra quem praescriptio currit, cui favorabile non est illud pro completo haberi, pro completo non habebitur.

§ XXXII.

Diximus supra tempus praescriptioni longi temporis praefixum esse 10 annorum inter praesentes, et 20 inter absentes pro rebus immobilibus; unde quaeri potest quinam hic intelligantur praesentes, et quinam absentes? Id decidit imperator in *L. ult. eod. de praescript. long. temp.*, ubi constituit, ut intelligantur praesentes illi, qui in eadem provincia habent domicilium, quamvis res, de quarum praescriptione agitur, sint sitae in diversis provinciis; si autem illi, inter quos praescribitur, sint in diversis provinciis, pro absentibus reputantur. Quid igitur si aliquis ipsorum, inter quos praescriptio currit, aliquo tempore fuisset praeseos, et alique tempore absens, quomodo tempus erit computandum? Hanc quaestionem tractat imperator in *nov.* 119 *cap.* 8 *et auth.* 2 *eod. de proescript. long. temp.*, ubi dicit, *alios tantos et annos supra decennium adjici quantos ex ipso decennio absens fuit;* quod paulo obscurius dictum sic intelligi debet, ut anni praesentiae faciant duple plus quam anni absentiae, ita ut duo anni absentiae tantum acquivaleant uni anno praesentiae, itaque si quis sex annis fuerit praesens, postea per duos annos fuerit absens et revertatur, adhuc per tres annos possidere debebit praesens; unde si post duos annos rursus abesse coepisset, et forte per plures annos haec absentia duraret, post duos annos absentiae usucapio erit completa.

§ XXXIII.

Nunc videamus de accessionibus temporum. Scilicet saepe contingere potest, ut ante completam usucapionem, is, qui in conditione usucapiendi erat, moriatur, aut rem illam in alterum transferat; unde quaeri potest an ipse novus possessor, qui est successor primi, iterum possidere debeat de novo, toto tempore per leges requisito? Et inspec-

tis verbis legum, videbatur dicendum id ipsum requiri, non tam quod possessio posset videri interrupta, quem quod leges viderentur requirere, ut unus et idem toto eo tempore rem possideret; sed tamen ex aequitate, quam suadebat utilitas publica, receptum est, ut successori etiam prodesset tempus, quo auctor possedit (*L.* 14 *ff. de divers. temp. praescript.*); alias nimis facile contigisset, ut usucapio suo effectu esset destitute, saepissime enim contigisset, ut ante eam impletam possessor decederet. Accessio possessionis recte definitur, quod sit immediata continuatio possessionis auctoris cum possessione successoris: nomine autem auctoris hic venit omnis is, a quo rem habemus vel causam ejus habendae, neque tantum venit auctor immediatus, sed et etiam mediatus; unde si Titius habuerit possessionem rei, quam postea tradidit Maevio, et Maevius mihi tradidit, etiam ego uti potero accessione temporis non tantum, quo Maevius possedit, sed et etiam, quo Titius possedit, modo concurrant ea, quae requiruntur, ut accessioni locus sit, de quo postea agemus. Requiritur tamen, ut iste res intermodio tempore per nullum alterum sit possessa, e quo ego vel auctor meus causam non habemus; id enim si factum fuerit, non potero amplius uti accessione possessoris auctoris mediati, qui possedit antequam ad hunc alterum possessio pervenerit. Haec accessio possessionis non tantum locum habet respectu successoris universalis, sed etiam particularis (*L.* 13 § 4 *ff. de acq. vel amit. poss.*); quinimo generaliter, ut J. C. ait in *L.* 14 § 1 *ff. de divers. temp. praescript.*, tribuitur illis, qui in locum aliorum succedunt, *sive ex contractu*, *sive ex voluntate*, id est sive per ultimam voluntatem. Videamus autem primo de accessione, quae fit ex causa acquisitionis per ultimam voluntatem; ex ea contingit, ut heres possit uti accessione possessionis ejus temporis, quo defunctus possedit, quinimo et accessione temporis, quo hereditas jacuit, item ejus temporis, quod intercessit inter aditam hereditatem, et apprehensionem rerum hereditariarum (quamvis enim aditione hereditatis acquiratur dominium ipso jure, non tamen acquiritur possessio ante apprehensionem), modo nullus intermedio tempore possessionem ejus rei habuerit (*L.* 31 § 5 et *L.* 44 § 3 *ff. h. t.*). Haec accessio possessionis non impeditur ex eo, quod forte aliquis heres intermedius possessionem nactus non sit, modo tamen eo tempore nullus alius fuerit in possessione; unde si Titius heredem instituerit Maevium, Maevius Sempronium, Sempronius me, si forte Maevius possessionem nactus non sit ex eo, quod mortuus sit post aditam hereditatem, antequam rem istam apprehendisset, sicque ejus possessionem nactus noe sit, ego uti potero accessiono possessionis ejus temporis, quo Titius possedit, quinimo et totius temporis intermedii, quod fuit inter mortem Titii et aditionem Sempronii, quo possessio fuit vacua (*L.* 2 § 8 *ff. pro empt.*).

§ XXXIV.

Aliter statuendum in successore particulari; hic enim, si aliquis intermedius possessionem non habuerit, non poteroti accessione possessionis ejus temporis, quo auctor ejus possedit; v. g. Titius rem vendidit Maevio, sed non tredidit, Maevius vendidit eandem Sempronio, cui Titius eam tradidit, forte Maevio, antequam ei traderetur, mortuo, Sempronius mihi vendidit, hoc casu ego quidem uti potero accessione possessionis ejus temporis, quo Sempronius possedit, sed non accessione possessionis ejus temporis, quo Titius possedit; cum enim Maevius non habuerit possessionem, possessio in ejus persona fuit interrupta, et ita possessio Titii, quae praecessit, non potest amplius mihi prodesse, cum ad usucapionem requiratur possessio continua et non interrupta (*L.* 15 § 4 *ff. de acq. vel amitt. poss.*). Non tantum haec differentia quoad accessionem possessionis intercedit inter successorem universalem et particularem, sed et haec, quod successor universalis possit uti accessione possessionis auctoris sui, quamvis ipse mala fide possessionem nactus sit, modo auctor ejus bona fide possessionem fuerit adeptus; quod aliter se habet in successore particulari, ut enim hic uti possit accessione auctoris sui, requiritur, ut et ipse similiter ejus possessionem bona fide nactus sit; unde si auctor bona fide possessionem nactus sit, ipse autem mala fide non tantum uti non poterit accessione possessionis auctoris sui, sed nequidem ex sua persona usucapionem inchoare poterit; itaque in successore universali sufficit quod primus auctor possessionem bona fide nactus sit; ast in successore particulari requiritur, ut ipse possessionem bona fide nanciscetur, et insuper auctores ejus, quorum accessione vult uti; unde, si aliquis intermedius mala fide nactus sit possessionem, tantum uti potero accessione temporis eorum, qui hunc auctorem secuti sunt.

§ XXXV.

Sequitur ultimum requisitum, et est, ut res usucapi possit; unde videndum quaenam res usucapi non possunt. Harum autem aliae sunt tales, ut sua natura nullam usucapionem aut praescriptionem recipiant: aliarum autem lege speciali praescriptio impeditur. Ex his, quae usucapi non possuet, iterum aliquae sunt tales, ut respectu omnium usucapionis sint exemptae, aliae tantum respectu aliquorum; sic v. g. res et jura ecclesiastica a laicis usucapi non possunt, ab Ecclesia tamen praescribi possunt contra aliam Ecclesiam, v. g. jus decimandi etc. Sua natura usucapi non possunt res sacrae,

publicae, caeteraeque res commercio exemptae; finis enim omnis praescriptionis positivae est, ut dominium aut jus acquiratur: hae autem res sunt tales, ut in dominio nullius esse possint. Hinc J.C. in *L.* 45 *ff. h. t.* recte ait quod, si quis aedificaverit in littore maris cum venia principis (sine hoc enim id fieri non licet), et aedificium positum habuerit 30 vel 40, aut etiam 100 annis, postea tamen diruto aedificio, area ejus non fiat jure praescriptionis, non obstante enim quod in ista area aedificium fuerit positum, ea manet publica quamvis pro tempore impediatur usus ejusdem; unde postea diruto aedificio, quasi jure quodam postliminii pristinam naturam recuperat. Speciali lege usucapi prohibentur res fisci (*L.* 18 *ff. h. t.*); item res dominicae, sive principis (*toto tit. cod. ne rei domin. etc.*); item res pupillorum et minorum: per consequentiam etiam prohibentur usucapi res alienari prohibitae, quia, ut J. C. ait in *L.* 28 *ff. de verb. sign.*, *alienationis verbum etiam usucapionem continet. Vix enim est ut non videatur alienare qui patitur usucapi*; hinc jam usucapi non potest fundus dotalis, quamdiu dotalis est (*L.* 16 *ff. de fund. dot.*); item res fideicommisso gravatae, aut sub conditione, aut ex die legatae, quamdiu scilicet pendet conditio aut dies fideicommissi aut legati; haec tamen intelligi debent de usucapione, quae initium habet eo tempore, quo fundus adhuc est dotalis, vel res jam essent fideicommisso subjectae, aut legatae; unde si forte usucapio jam coepta esset, antequam fundus dotalis constitueretur, vel res legaretur, aut fideicommitteretur, quamvis postea dotalis esse incipiat aut fideicommisso subjici, usucapio non impeditur, neque mirum, cum usucapio completa retrotrahatur ad tempus, quo fuit inchoata.

§ XXXVI.

Ex his rebus, aliquae sunt, quae nullam prorsus praescriptionem admittunt, aliae, quae admittunt praescriptionem longissimi temporis: sic res minorum, non tamen pupillorum, usucapi possunt tempore 30 annorum (*L.* 3 *cod. de praescript. 30 vel 40 annor.*): sic iterum res fisci usucapi possunt tempore 40 annorum, eodem etiam tempore possunt praescribi res dominicae seu principis. Specialibus legibus prohibita est usucapio rerum furtivarum, ut enim constat ex § 2 *inst h. t.* jam inde per *L. XII. tabb.* harum usucapio erat prohibita, quod postea confirmatum per legem Atiniam, ut constat ex *L.* 4 § 6 *ff h. t.*, qua cautum est, *ut ejus quod furto esset subreptum aeterna foret auctoritas*, nisi in ejus potestatem, cui subrepta est, revertatur; et quidem rerum furtivarum usucapio non tantum prohibita est respectu ejus furis, sed respectu omnium, ita ut donec revertatur in potestatem ejus, cui subrepta est, per neminem usucapi possit.

§ XXXVII.

Cum autem furtum tantum cadat in res mobiles, non autem in immobiles, hinc, non obstante lege Atinia, res vi possessae adhuc usucapi poterant; sed quia vis in immobilibus proxime accedit ad furtum, postea per legem Juliam et Plautiam etiam rerum vi possessarum usucapio fuit prohibita, ita ut similiter non tantum ab eo, qui vim fecit, sed nec ab ullo alio usucapi possint; neque etiam distinguendum, utrum vis publica, an vero privata sit adhibita, ita ut indistincte, donec res reversa sit in potestatem ejus, qui dejectus est, usucapio impediatur. Nomine furti hic non tantum venit furtum stricte dictum, sed omnis contrectatio fraudulenta lucri faciendi causa, invito domino, facta; unde, si uxor rem mariti amoverit, quamvis ista amotio furtum non vocetur, attamen et hujus usucapio quasi furtivae impeditur (*L.* 29 *ff. rer. amot.*). Si tamen quis abstulerit rem, sed tamen ejus possessionem nullus habeat, ea non intelligetur furtiva, unde nec usucapio impeditur; hinc, si jacente hereditate, aliquis rem hereditariam abstulerit, cum proprie furtum non committat, eo quod non possit intelligi sine interversione possessionis, quae in casu non contigit, usucapio non impeditur (*L.* 68 *ff. de furt.*). Exceptio tamen est, nisi aliquis alius in illa re aliquid juris haberet, puta usumfructum, tunc enim ejusdem quasi furtivae usucapio impeditur (*L.* 69 *et* 70 *ff. de furt.*). Idem dicendum, si hereditas jam inde sit adita, sed tamen heres possessionem rei subreptae necdum esset nactus. Ut res intelligatur vi possessa, et ut ex eo capite possessio impediatur, requiritur ut, qui dejecit, possessionem ejus rei sit nactus; hinc si aliquis alterum ex fundo dejecerit, sed tamen fundi possessionem ingressus non sit, tuncque forte tertius inveniens illum fundum vacantem fuerit ingressus, hic fundus ab illo tertio vi possessus non intelligetur, ideoque illum fundum ei usucapere licebit.

§ XXXVIII.

Quamvis res furtiva, quamdiu in possessionem domini reversa non est, usucapi non possit propter vitium furti, quo manet affecta, et cum quo transit ad quemcumque possessorem, idem tamen vitium non impedit, quominus fructus ex ea a bonae fidei possessore percepti ei acquirantur, ut probat *L.* 48 § 2 *ff. de acq. rer. dom.*, item *L.* 4 § 19 *ff. h. t.*; illi enim fructus a bonae fidei possessore percepti furtivi non sunt: aliud plane foret si a fure fuerint percepti; hic, cum neque titulum nec bonam fidem habeat, eosdem perceptione acquirere nequit.

§ XXXIX.

An idem dicendum sit de partu ancillae furtivae

videamus? ℟. negative, uti deciditur in *L.* 28 § 1 *ff. de usur.*; ut enim J. C. ibidem ait, *partus ancillae in fructu non est*: ratio redditur in *L.* 27 *ff. de petit. hered.*, dum J. C. ait, *quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant*; id est, ancillae ad hoc comparatae non sunt, ut parturiendo patrimonium nostrum augeant, sed ut operas suas nobis praestent. An ergo partus ancillae furtivae usucapi poterit? Et siquidem ancilla ipsa a domino suo aufugerit, partumque suum contrectaverit lucri faciendi causa, partus usucapi non poterit tamquam furtivus; unde is semper servus manebit existens in dominio domini matris suae, uti decidit J. C. in *L.* 60 *ff. de furt.*, scilicet, ancilla aufugiens a domino suo sui ipsius furtum committere intelligitur; unde, sicuti aufugiendo se ipsam furtivam facit, sic et partum suum contrectando furtivum reddit, ideoque partus non magis potest usucapi, quam mater; sed quid, si ancilla per alterum sit subrepta, an partus ejusdem usucapi non poterit? Et siquidem ancilla praegnans sit subrepta, vel quidem non praegnans, sed tantum coeperit esse praegnans apud furem, tunc, sive partus editus sit apud furem, sive apud tertium bonae fidei possessorem, hic partus a nemine usucapi poterit, donec in domini potestatem sit reversus (*L.* 48 § 5 *ff. de furt.*). Hujus ratio est, quod partus, quamdiu in utero existit, reputetur pars viscerum maternorum (*L.* 1 § 1 *ff. de insp. ventr.*,); quod provenit ex philosophia Stoicorum, quorum sectae plerique J. C. Romani fuerunt addicti; hi enim partum, quamdiu in utero erat, non reputabant animal, sed tantum spem animalis; unde, cum partus, quamdiu in utero est, reputetur ut pars viscerum matris, hoc ipso, quo quis matrem contrectabat furtive, et partum furtive contrectasse intelligebatur.

Sed his obstat *L.* 10 § *ult. ff. h. t.*, in qua Ulpianus ex Scaevola referens sententiam Marcelli, qui dicebat, quod si bos furtivus apud furem conceperit et pariat apud heredem furis, partus usucapi non possit, quamvis etiam heres partum seu juvencam distraxerit, idemque statuit in partu ancillae; sed postea subjicit sententiam Scaevolae contrarium existimantis, quod scilicet, hic partus possit usucapi: rationem suae decisionis allegabat Scaevola, *quod partus rei furtivae ejus pars non sit*; sed cum idem Ulpianus etiam sit auctor *L.* 48 *ff. de furt.*, is certo non potest videri sibi contradixisse; unde dicimus, quod in *L.* 10 Ulpianus quidem referat sententiam Scaevolae, eam vero non approbet, sed potius adhaereat sententiae Marcelli: quamvis autem in casu, quo partus est conceptus apud furem, aut etiam ancilla praegnans est subrepta penes quemcumque existens, reputetur furtivus in ordine ad usucapionem, si tamen ancilla conceperit apud tertium bonae fidei possessorem, ratione partus actio furti institui non poterit adversus furem, sed tantum ratione matris (*L.* 48 § 5 *ff. de furt.*,); cum enim partus nunquam extiterit apud furem separatim a corpore matris, absurdum esset contra eum ratione partus actionem furti instituere.

Sed quid, si ancilla furtiva apud furem non conceperit, sed apud alium, an jam similiter partus tamquam furtivus usucapi non poterit? Et quidem, si ancilla conceperit apud heredem furis, nec hic partum apud se conceptum et editum usucapere poterit, quamvis forte etiam ignoraret matrem furtivam esse (*L.* 4 § 15 *ff. h. t.*); unde nec etiam heredi, ratione ejusdem, Publiciana competet (*L.* 11 § 2 *ff. de public. etc.*). Sed si apud tertium, non heredem, puta bonae fidei possessorem, ancilla furtiva conceperit, an jam partus usucapi poterit? Et generaliter loquendo, affirmat *L.* 48 § 5 *ff. de furt.*, item *L.* 33 *ff. h. t.* Sed quid si, antequam partus ederetur, emptor sciret matrem esse alienam? Et siquidem simpliciter sciverit esse alienam, non tamen furtivam, usucapere poterit (*L.* 44 § 2 *ff. h. t.*); si autem matrem furtivam esse sciverit, tunc partum usucapere non poterit (*L.* 33 *ff. h. t.*, item, *L.* 11 § 3 *et* 4 *ff. de public. etc.*): quod si tamen priori casu, antequam scilicet partus ederetur, sciverit matrem esse alienam, non tamen furtivam, vel etiam tempore partus adhuc matrem alienam esse ignoraret, postea tamen antequam usucapionem compleverit, coeperit scire matrem esse furtivam, an adhuc usucapio procedet? Et Paulus, in *L.* 4 § 18 *ff. h. t.*, statuit usucapionem indefinite procedere; sed tamen quod Paulus ita generaliter dixit, explicari debet per *L.* 4 *ff. pro suo*, juxta quam videndum, an dominum certiorem fecerit, aut facere non potuerit, an vero, cum facere certiorem posset, non certioraverit, ut priori casu usucapio procedat, non item posteriori: rationem reddit J. C., quod si id non fecerit, cum facere posset, intelligatur clam, et non pro suo possidere, ideoque quasi titulo destitutus usucapere nequeat.

§ XL.

Diximus quod foetus pecoris furtivi apud bonae fidei possessorem editus per perceptionem acquiratur, ita ut usucapione opus non sit: his tamen obstat *L.* 10 § 2 *ff. h. t.*, ubi J. C. idem videtur statuere in foetu pecoris, quod diximus in partu ancillae, dum sic ait: *si bos apud furem conceperit, vel apud furis heredem, pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum juvencum non posse*, sic inquit *quemadmodum nec ancillae partus*; ast notandum J. C. supponere, quod foetus fuerit editus apud heredem ipsius furis. Quod autem diximus foetum pecoris furtivi editum apud bonae fidei possessorem eidem

acquiri, exceptionem patitur in herede furis, qui, cum personam defuncti repraesentet, ideo nec etiam fructus rei furtivae percipiendo acquirit. Magis obstat *L.* 48 § 5 *ff. de furt.*, in qua J. C. idem, quod in partu ancillae diximus, statuit in foetu pecoris; in fine enim § ait, *et in pecudibus servandum est ut in foetu eorum quod in partu*. Sed cum idem J. C. in § immediate sequenti idem statuat, quod nos diximus, certo non potest haec esse mens ipsius, ut bonae fidei possessori fructus rei furtivae non acquirantur, sed adhuc usucapione indigeat; unde dicimus J. C. hoc tantum velle, quod, ut isti fructus irrevocabiliter bonae fidei possessori acquirantur, adhuc usucapione opus sit, scilicet bonae fidei possessor fructus rei percipiendo suos facit, ast non irrevocabiliter, nisi eos consumpserit, extantes autem domino supervenienti reddere tenetur (*L.* 22 *cod. de reivind.*); unde ut fructuum adhuc existentium dominium irrevocabile acquirat, nec eosdem domino reddere teneatur, adhuc opus est usucapione, quod etiam videtur confirmari per *L.* 4 § 19 *ff. h. t.*

§ XLI.

Quid, si pignus fuerit subreptum, an usucapi poterit? Hic tres casus distinguendi sunt: vel tertius aliquis pignus creditori subripuit, vel ipse creditor lucri faciendi causa citra voluntatem debitoris vendidit, vel ipse debitor pignus creditori subripuit: duobus prioribus casibus res oppignorata intelligitur facta furtiva, adeoque, donec in potestatem debitoris sit reversa, usucapi non poterit, et in hoc omnes consentiunt; sed circa tertium casum major est difficultas, quomodo enim potest proponi quaestio de usucapione circa pignus a debitore subreptum, cum ipse debitor ejusdem sit dominus, adeo ut vendendo illius dominium transferat in emptorem? Ast usucapio in casu illud non operaretur, cum jam sit acquisitum, sed hoc, quod tunc a creditore auferri amplius non posset per actionem hypothecariam; unde hic potius est quaestio, an in hoc casu tertius possessor possit praescribere actioni hypothecariae, quod negamus, si quidem res inciderit in vitium furti.

§ XLII.

Diximus rem usucapi non posse, quae furtiva est, vel vi possessa, nisi vitium fuerit purgatum, unde hic quaeritur quandonam vitium furti intelligitur purgatum: id autem contingit, juxta *L.* 4 § 12 *ff. h. t.*, quando in potestatem domini est reversa; et tunc in ejus potestatem reversa intelligitur, cum possessionem ejus nactus est juste, ut avelli non possit; quae tamen non ita intelligenda sunt quasi corporaliter dominus rem detineret, sed, juxta *L.* 215 *ff. de verb. sign.*, quod dominus ejus vindicandae potestatem habuerit: nota quod J. C. non dicat *vindicandi jus habuerit*, sed *vindicandi potestatem*, quod verbum *potestatem* refertur ad factum, id est, vult J. C. quod sufficiat dominum habuisse facultatem rei vindicandae, et quod si forte non vindicaverit, res tamen in ejus potestatem intelligatur reversa, ideoque in posterum usucapi poterit (vide exempla in *L.* 4 § 13 *et* 14, *et L.* 32 *ff. h. t.*). Non sufficit tamen rem simpliciter in domini potestatem reversam esse, sed debet ita esse reversa, ut eandem retinere possit, nec possit per alterum ipsi auferri (*L.* 22 *ff. de acq. vel amitt. poss.*); unde si dominus eum, qui in possessione rei suae erat, ex eadem dejecerit, aut rem suam vi abstulerit, vitium furti aut violentae possessionis non intelligetur purgatum, ideoque nec usucapi adhuc poterit, quia scilicet dejectus per interdictum *unde vi* eam rem a domino adhuc auferre potest. Requiritur etiam ut dominus possessionem ejus nactus sit, tamquam rei suae, id est tamquam talis, quae jam ante sua erat (*L.* 4 § 12 *ff. h. t.*). Insuper requiritur, ut dominus sciverit rem illam fuisse furto subreptam, et jam in suam potestatem reversam esse: debet autem res furtiva reverti in potestatem domini vel ejus, cui subrepta est, si hic non sit dominus: quod secus se habet in re vi possessa; ut enim vitium violentae possessionis purgetur non sufficit rem esse reversam in potestatem domini, sed debet etiam reverti in potestatem ejus, qui dejectus est: ratio differentiae est, quod in furto injuria principaliter inferatur domino, sed in dejectione principaliter fit injuria ei, qui dejicitur; furtum enim fit in re, dejectio in persona.

§ XLIII.

Effectus usucapionis completae est, quod dominus excidat dominio rei suae, illudque transferatur in eum, qui usucapionem complevit, a quo per dominum amplius auferri non poterit; quinimo, si forte ipse possessionem amisit, eandem a quolibet possessore per reivindicationem auferre poterit. Haec tamen ita intelligenda sunt, nisi dominus, ante usucapionem completam, aliquid juris, puta servitutem vel pignus, in ea re alteri constituerit; tunc enim quamvis dominus per usucapionem dominium amittat, non tamen propterea alter jus suum amittet, nisi eidem ex proprio capite possit opponi praescriptio, forte quod non sit usus servitute decem annis, aut creditor pignus intra decem annos contra bonae fidei possessorem non vindicaverit (*L.* 1 *cod. si adv. cred. praescript.*): dixi contra possessorem bonae fidei, quia si esset malae fidei requirerentur ad minus 30 anni. Neque his obstat *L.* 7 § 1 *cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*, in qua dicitur, *actionem hypothecariam quae creditoribus competit ad vin-*

dicendum pignus durare 40 annis; nam haec lex agit de actione hypothecaria intentanda contra ipsum debitorem vel ejus heredem, qui forte rem oppignoratam detinebat, nec mirum diutius adversus eos durare actionem hypothecariam, cum debitor suo proprio facto, et conventione rem illam creditori obligaverit. Diximus pignus non extingui, quamvis res sit usucapta per possessorem: ejus autem ratio haec est, quod, quamvis pignus dependeat a jure debitoris in sui constitutione, postquam tamen semel legitime fuit constitutum, illud est independens a jure debitoris, scilicet actio hypothecaria non fundatur in dominio, sed in conventione pignoris; usucapio autem, cum tantum transferat dominium, tantum debet extinguere eam actionem, quae in dominio fundatur, unde extinguit quidem reivindicationem, sed non actionem hypothecariam.

§ XLIV.

Nunc sequitur agendum de praescriptione jurium, inter quae primum locum obtinent servitutes, de quibus in materia servitutum diximus: nunc videamus quid dicendum de rebus merae facultatis; scilicet, vulgo tamquam axioma circumfertur, quod rebus seu actibus merae facultatis praescribi non possit, quod, quatenus verum sit, in sequentibus videbimus. Prius autem videamus, quaenam res vel actus dicantur merae facultatis: tales autem dicuntur actus, quos homines citra ullam conventionem vel obligationem, jure naturae vel gentium, aut etiam jure communi et publico totius civitatis, pro suo mero libitu omittere, vel interponere possunt; quicumque ergo actus interponuntur in consequentiam conventionis, privilegii, legis specialis vel consuetudinis, non possunt proprie dici actus merae facultatis, cum aliud fundamentum, quam libertatem naturalem habeant. Hi autem actus sunt duplicis generis: alii enim sunt tales, ut ex interpositione eorumdem alter aliquid juris acquirere velit adversus eum, qui eos interposuit, v. g. continuo frumentum meum detuli ad idem molendinum, et ideo dominus molendini me cogere vult ut in posterum frumentum meum ad suum molendinum adferam: alii sunt tales, ut ex omissione eorumdem alius velit me prohibere ne in posterum eos interponam, v. g. aedes meas altius non extuli, vel non transivi per viam publicam, et ideo alter vult me prohibere ne in posterum altius tollam, transeam. Quod attinet actus prioris speciei, hi praescribi possunt cum aliquali tamen distinctione, ut, si iidem ordinarie possint interponi sine notabili incommodo ejus, qui eos interposuit, vix alia praescriptio admittatur quam immemorabilis, nisi forte praecessisset coactio ex parte alterius, et acquiescentia ex parte prioris; tunc enim ordinariae praescriptioni locus esse posset: si autem agatur de actu tali, qui ordinarie non potest interponi sine notabili incommodo vel praejudicio ejus, qui eundem interposuit, v. g. si a longo tempore praestitissem certam summam pecuniae monasterio, idque uniformiter, tunc etiam praescriptio 30 annorum sufficiet, si modo ex certa causa hoc fecerim: si vero agatur de actibus posterioris speciei, tunc videndum est utrum ex omissione eorumdem aliquod commodum vel aliqua utilitas obveniat praescribenti, an non; priori casu, praescriptioni locus esse poterit, si modo praecesserit prohibitio alterius et alius acquieverit, v. g. aedes meas altius non extuli a 10 annis, si jam velim extollere, semper potero, nec poterit mihi opponi praescriptio, nisi jam inde praevie me altius tollere volentem vicinus prohibuisset, et ego acquieverim ejus prohibitioni; per hoc enim vicinus esset constitutus in possessione servitutis altius non tollendi, qui ideo tempore ordinario praescribere poterit: si autem ex omissione talium actuum nullum commodum aut utilitas possit alteri obvenire, v. g. non transiverim per viam publicam, tunc praescriptioni locus esse non poterit.

§ XLV.

Videamus de praescriptione caeterorum jurium, ut redituum. Aliquis v. g. solvit certam summam, idque uniformiter, an jus exigendi in posterum praescribi poterit? Et ex jam dictis satis colligi potest praescriptioni locum fore, si modo titulus praecesserit, sive causa, ex qua solutio facta est; sed dicet quis in praescriptione servitutis non requiritur titulus, neque bona fides, idque ideo, quis is, contra quem praescribitur, cum in possessione rei suae existat, verosimiliter ignorare non potuit quod servitute uteretur, jam autem is, qui solvit, non potest etiam ignorare quin solvat; ergo etc. ℞. Sed disparitas est, quod servitus principaliter consistat in patientia domini praedii servientis, atque adeo, cum ipse ignorare non potuerit me servitute uti, post tempus lapsum intelligetur consensisse in impositionem servitutis; sed reditus magis consistit in facto illius, qui reditum petit, unde ex parte ipsius requiritur certa bona fides et titulus, ne alias ex suo delicto videatur acquirere.

Obstat *L.* 6 *ff. de usur.*, in qua J. C. ait: *cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur, imperator Antoninus ideo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset*; igitur, solo longo tempore facta solutio etiam sine titulo sufficit, ut in posterum solvere usurae cogatur. Ast haec lex ad nostram materiam non pertinet, non enim ibidem agitur de solutione facienda propter praescriptionem, sed de solutione facienda propter praesumptionem, quae

Digitized by Google

ex facto isto colligebatur, scilicet, agitur de hoc casu. Aliquis filiofamilias vel servo pecuniam crediderat sub usuris, quo casu pater non tenetur nisi peculio tenus; exceptio est, nisi pecunia versa esset in utilitatem patris, vel domini, tunc enim tenentur de in rem verso: quaestio autem in casu illius legis erat, an ista pecunia credita esset in utilitatem patris: imperator autem credidit quod ex eo, quod tanto tempore usuras solvisset, praesumendum esset pecuniam esse versam in utilitatem patris, et ideo usuras solvendas jussit, quasi versa foret; non agitur ergo de solutione facienda in consequentiam praescriptionis, sed in consequentiam praesumptionis. Idem respondendum ad § 1 *ejusd. L.*

§ XLVI.

Nunc videamus de praescriptione jurium spiritualium. Et imprimis videndum, an, qui praescribere vult, capax sit; si enim sit incapax, nulla prorsus praescriptione, tale jus acquirere poterit; unde laicus per praescriptionem non potest acquirere jus conferendi beneficium, uti nec jus decimandi post concilium Lateranense tertium, quia, per illud concilium, redditus est inhabilis ad acquirendas in posterum decimas: si autem sit capax ejusmodi juris, tunc si agatur de praescriptione contra ecclesiam Romanam, requiruntur 100 anni et quidem cum titulo, si jus commune praescribenti resistat et praesumptio contra eum militet; si autem jus commune non resistat, neque praesumptio, sufficiunt 100 anni sine titulo: si agatur de praescriptione contra ecclesiam inferiorem, sufficiunt 40 anni cum titulo vel sine titulo, juxta distinctionem praemissam (*cap.* 1 *ij h. t.*). Quid igitur si quis velit praescribere jus eligendi? Videndum an illud jus velit praescribere privative, an vero cumulative, id est, an velit praescribere cum exclusione capitularium, an vero ita ut cum ipsis concurrat in electione; et primo casu requiruntur 40 anni cum titulo, quia jus commune favet capitularibus, et contra resistit praescribenti, ita ut contra eum militet praesumptio. Secundo autem casu sufficient 40 anni sine titulo; quamvis enim jus commune pro capitularibus stet, nttamen illud non resistit praescribenti, cum initio ecclesiae omnes clerici, quinimo et laici concurrerent ad electionem. Quid igitur si quis praescripserit jus eligendi, an etiam intelligetur praescripsisse postulationem? ℟. affirmative; quia electio et postulatio concurrunt ad eundem finem, ut scilicet provideatur ecclesiae viduatae, ita ut sint tantum duae diversae viae perveniendi ad eundem finem, unde hoc ipso, quo praescripsit unum, etiam alterum praescripsisse intelligi debeat (*cap.* 30 *ij de elect.*). Juxta locum citatum compromissarii constituti ad eligendum possunt postulare, idque ex iisdem rationibus. Nec facit quod non plus intelligatur praescriptum, quam possessum, et is, qui tantum elegit et non postulavit, tantum fuerit in possessione juris eligendi et non postulandi; nam hoc ipso quo eligit non tantum fuit constitutus in possessione juris eligendi, sed etiam per consequentiam constitutus est in possessione juris postulandi, quatenus hoc ipso quo eligit intendat providere ecclesiae; omni meliori modo, quo id facere posset, et ita fuit constitutus in possessione providendi ecclesiae; jam autem aeque per postulationem, atque per electionem provideri potest.

§ XLVII.

Hactenus vidimus de praescriptione positiva jurium, nunc videamus de negativa. Haec autem perficitur hoc ipso, quo creditor intra 30 annos actionem suam non intentavit, et incipit currere haec praescriptio ab eo momento, quo actio est nata: sic autem praescribi potest omni actioni et juri, scilicet tempore 30 vel 40 annorum, uti imperator ait in *L.* 3 *et* 4 *cod. de praescript. 30 vel 40 annor.*, excipiuntur tamen judicia divisoria, juxta distinctionem sub his titulis traditam.

§ XLVIII.

Sed quid dicendum de reditibus, an etiam iis praescribi potest, et quomodo? Et dicendum iis etiam praescribi posse tempore 30 annorum, et quidem ita, ut non tantum praescribatur pensionibus, quorum dies a 30 annis cessit, sed et illis, quorum dies posteriori tempore cessit; quinimo si intra 30 annos nulla pensio fuerit exacta aut soluta, nunquam amplius aliquid in consequentiam illius reditus exigi poterit, ita ut non tantum pro reditibus jam cessis omnis cesset exactio, sed etiam pro futuris. Nec quis dicat praescriptionem demum incipere currere ab eo tempore, quo actio nata est: actio autem tantum nascitur primo die cujusque anni, et ita tantum potest praescribi pensionibus, quorum dies cessit a 30 annis; etenim jus exigendi reditus non est multiplex, sed est unicum, ita ut actio nascatur ab ipso momento reditus constituti ad omnes pensiones, donec sors reddatur, non quidem in effectu sive in actu secundo, sed tantum in actu primo (*L.*16 § 1 *ff. de verb. oblig.*), fortissime obstat *L.* 7 § *ult cod. de praescript.* 30 *vel* 40 *annor.*, praesertim in verbis *sed ab initio cujusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est*; ast imperator in his verbis tantum intellexit quod praescriptio non incipiat currere, nisi integro anno, mense etc. praeterlapso, et verbum *cujusque* non debet referri ad diversa spatia ejusdem temporis, sed debet referri ad spatia diversi temporis, scilicet anni, mensis etc.

Digitized by Google

LIBER QUADRAGESIMUS SECUNDUS

TITULUS I.

DE RE JUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET DE INTERLOCUTIONIBUS.

§ I. Quid sit res judicata.
§ II. Effectus conclusionis in causa.
§ III. Quotuplex sit sententia.
§ IV. De sententia interlocutoria habente vim definitivae.
§ V. Quaenam intercedit differentia inter sententiam definitivam, et interlocutoriam, quae habet vim definitivae.
§ VI. Quis sit judex competens pro ferenda sententia.
§ VII. Quid, si sint plures judices, quomodo procedendum in ferenda sententia, et quid si pari numero dissentiant.
§ VIII. Exponitur *L.* 10 *ff. de inoff. etc.*
§ IX. Si ex tribus judicibus, unus in 15, alter in 10, tertius in 5 condemnet, cui sententiae adhaerendum erit.
§ X. Quid si ex septem judicibus, tres condemnent ad mortem, duo ad fustigationem, et duo reliqui absolvant.
§ XI. An judex, spreta lege, aequitatem amplecti potest.
§ XII. Quid interest an judex judicaverit contra jus partis, an contra jus constituentis.
§ XIII. Judex judicare debet secundum allegata et probata.
§ XIV. Debet sententia esse certa.
§ XV. An sub conditione ferri possit.
§ XVI. Effectus sententiae est finire officium judicis.
§ XVII. Item quod transeat in rem judicatam, si intra decennium appellatum non sit.
§ XVIII. Casus, quibus sententia rescindi potest.
§ XIX. An propter nova instrumenta rescindi possit.
§ XX. An possit rescindi sententia lata in causa divortii propter impotentiam.
§ XXI. Inter quos sententia pro veritate habetur.
§ XXII. Exponitur *L.* 63 *ff. h. t.*
§ XXIII. An sententia contra legitimum contradictorem lata aliis nocet.
§ XXIV. An sententia tutum reddat in conscientia eum, in cujus favorem lata est.
§ XXV. Quae actio ex re judicata descendat.
§ XXVI. Quis judex debeat sententiam exequi.
§ XXVII. Contra quos datur haec actio.
§ XXVIII. Quandonam exequi debet sententia.
§ XXIX. Quomodo facienda.
§ XXX. Effectus sententiae aliquando in totum impediri potest.
§ XXXI. Aliquando pro parte.

§ I.

Rem judicatam definit J. C. in *L.* 1 *ff. h. t.*, quod sit *lis sive controversia, quae finem pronuntiatione judicis accepit*, quod vel condemnatione vel absolutione contingit. Res judicata sumitur aliquando in latiori, aliquando in strictiori significatione: in latiori accipitur pro sententia, a qua adhuc potest appellari, vel quae adhuc aliquo modo infirmari potest: in strictiori, eaque propria significatione hujus tituli, pro sententia, a qua non potest amplius appellari; ex quo sequitur sententiam debere praecedere rem judicatam. Hinc primo agendum de sententia, scilicet postquam actor probavit suam intentionem, et reus suam exceptionem, est facienda *conclusio in causa*, ut vocant, quae nihil aliud est quam renuntiatio actoris renuntiantis ulterioribus probationibus, vel rei renuntiantis ulterioribus exceptionibus, hancque, si litigantes nimis diu differant facere, judex ex officio injungere potest ut faciant, ne alias lites forent perpetuae et aeternae.

§ II.

Effectus conclusionis in causa est, quod controversia subjiciatur definitioni judicis, item quod post eam ulteriores probationes non admittantur, quod tamen intelligendum est de probationibus, alterutra partium petente faciendis; judex enim etiam post conclusionem in causa, si forte ei non liqueat, ulteriorem probationem injungere potest ei parti, quae obscurius suam intentionem probavit. Illud etiam est intelligendum de probationibus facti et non juris, hae enim quandocumque ante sententiam allegari possunt; unde, non est prohibitum post conclusionem in causa producere nova motiva juris, sive probationes artificiales, quae fiunt per argumenta ex jure, vel ex natura ipsius rei desumpta.

Quod diximus, probationes facti produci non posse post conclusionem in causa, hanc patitur limitationem, nisi demum innotuissent post conclusionem in causa, et qui eas producere intendit juramento affirmet, quod sibi antea fuerint ignotae.

§ III.

Diximus post conclusionem in causa, controversiam subjici definitioni judicis, quae fit per sententiam; ea autem definitur *pronuntiatio judicis causae controversae decisionem continens.* Haec autem primo dividitur in definitivam, et interlocutoriam: definitiva est, quae continet decisionem causae principalis, super qua litigatur, et cui finem imponit, si postea ab eadem non fuerit appellatum: interlocutoria est, quae continet decisionem super aliquo incidente, non super causa principali. Differentia inter definitivam, et interlocutoriam est quod, lata definitiva, judex officio suo functus sit, ita ut judex esse desinat in ea causa; sed lata interlocutoria, non desinit esse judex, ideo etiam postea potest eam mutare vel corrigere. Inde etiam est, quod a sententia definitiva possit appellari, non ab interlocutoria; cum enim, lata sententia interlocutoria, judex non desinat esse judex in ea causa, eamque possit corrigere et emendare, nondum potest videri grava-

Digitized by Google

men illatum, et ita non est necessaria appellatio; ast eum definitivam immutare non possit, statim a momento, quo lata est, victo potest diei illatum gravamen, ad quod tollendum appellatione opus est.

§ IV.

Haec tamen ita, nisi interlocutoria haberet vim definitivae, id est foret talis, quae, quamvis directo causam principalem non decidat, tamen eam decidat indirecte et per consequentiam: v. g. aliquis petit hereditatem Titii, tamquam filius ejus legitimus, judex per sententiam eum declarat illegitimum: haec sententia, quae tantum est interlocutoria, cum non sit lata super causa principali, quae erat causa hereditatis, sed super incidente, sive super legitimitate, habet tamen vim definitivae, cum per consequentiam contineat decisionem causae principalis; nullus enim ad hereditatem Titii tamquam filius admitti potest, nisi sit legitimus.

§ V.

Sed quaeret quis quaenam intercedat differentia inter sententiam definitivam, et interlocutoriam talem, quae habet vim definitivae? ℟. quod, lata definitiva, judicis officium in totum cesset, ita ut prorsus judex esse desinat, nec quidquam circa sententiam possit immutare; ubi post latam similem interlocutoriam, nihilominus judex remanet, donec sententia lata sit super causa principali, unde etiam priorem adhuc immutare potest.

§ VI.

Sententia ferenda est a judice competente, ut valeat ac effectum habeat: quis autem sit judex competens non est hujus loci inquirere, sed pertinet ad *tit.* ;; *de for. comp.*, ad quem remittimus.

§ VII.

Quid si plures sint judices, quomodo procedi debebit ad sententiam, ut valeat? Hic tres distinguendi sunt casus: vel sunt tales, ut cuique in solidum jurisdictio in ea causa competat; vel tales, ut nonnisi omnibus simul et conjunctim jurisdictio competat; vel sunt tales, ut nonnisi omnibus jurisdictio competat, non tamen conjunctim, sed per modum collegii sive corporis, qui casus hodie est frequentissimus.

Priori casu, sententia etiam ab uno tantum lata valet. Secundo casu sententia non valet, nisi omnes judices fuerint praesentes: non tamen requiritur, ut omnes in eandem sententiam eant, sed si dissentiant, statur sententiae majoris partis. Tertio casu omnes quidem judices debent esse vocati; sed si aliqui absint, v. g. ex causa morbi vel alterius causae, sententia a praesentibus lata vel a majori parte eorumdem valet, quamvis etiam minor pars fuisset praesens in ferenda sententia; quia hoc casu jurisdictio est attributa corpori vel collegio, quod etiam, minore parte praesente, intelligitur.

Quod si judices in ferenda sententia dissentiant, ut jam diximus, statur sententiae majoris partis, uti contingit in omnibus negotiis universitatis.

Sed quid si pari numero dissentiant? Distinguendum est, an sint judices arbitri, sive compromissarii, an delegati, an vero ordinarii. Si sint judices arbitri, neutra sententia valet aut effectum habet, quia scilicet arbitri accipiunt suam jurisdictionem a litigantibus, qui demum eam sententiam valere voluerunt, quae lata esset ab omnibus simul, vel a majori parte eorumdem (*cap. ult.* ;; *h. t.*); si sint judices delegati, sententia erit in pendenti, donec competens judex sive delegans unam earum confirmaverit (*L.* 28 *ff h. t.*, *et cap. cit.*); si sint judices ordinarii, praevalet sententia, quae favet reo (*L.* 38 *ff. h. t.*, *et cap. cit.*): excipitur tamen causa matrimonii, dotis et libertatis, in quibus propter favorem harum causarum praevalet ea, quae in commodum eorumdem vergit.

Ideo in caeteris causis praevalet sententia, quae favet reo, quia ordo publicus et politicus exigit, ut unumquodque relinquatur in actuali statu suo, nisi interveniat causa sufficiens, ex qua status ille immutetur: verum talis causa non intervenit ubi vota sunt paria, ut supponitur; ergo praevalere debet sententia, quae pristinum statum relinquit intactum.

§ VIII.

Huc spectat *L.* 10 *ff. de inoff. etc.*, in qua J. C. proponit filium egisse querela inofficiosi testamenti adversus heredem scriptum, quatuor autem ex judicibus responderant pro testamento, alii quatuor contra testamentum: quaerit J. C. quaenam sententia debeat praevalere? Et respondit: *humanius erit sequi ejus partis sententiam, quae secundum testamentum est*. Respondet itaque J. C. debere sententiam, quae est lata contra filium, in favorem heredis scripti praevalere; quae decisio, quamvis multis singularis visa fuerit, vera tamen juris ratione nititur; ut enim ante diximus, in paribus judicum sententiis debet praevalere sententia, quae favet reo; filius autem in casu est actor, heres est reus; itaque debet praevalere sententia in favorem heredis lata.

Obj. tamen quod exheredatio sit odiosa, atque ita causa heredis sit odiosa, filii econtra favorabilis, sicque debet praevalere sententia, quae favet filio, cum is conqueratur de injuria sibi per exheredationem facta. ℟. Verum haec causa debet qui-

Digitized by Google

dem movere judices antequam sententiam ferant, et ideo etiam credendum est quod quatuor responderint pro filio; quia scilicet, cum utraque causa sibi appareret aeque probabilis, in pari causa crediderunt esse potius respondendum pro filio, quam pro herede: alii quatuor econtra crediderunt causam utriusque non esse aeque probabilem, sed magis esse probabilem causam heredis, quam filii, ideoque pro testamento responderunt, alias responsuri contra testamentum, si vel causam utriusque credidissent aeque probabilem, vel filii causam esse probabiliorem; jam autem non debet eadem causa bis movere judicem in respondendo; unde cum ea causa moverit judices ad ferendam sententiam, post eamdem latam illos amplius movere non debet, cum post latam sententiam vota non sint amplius ponderanda, sed tantum numeranda. Idem respondendum, si objiciatur quod filius certet de damno vitando, heres scriptus econtra de lucro faciendo; scilicet haec ratio movere potuit judices antequam ferrent sententiam, sed postea illos amplius movere non debet.

Obj. quod aliter sit respondendum, saltem jure novo, postquam Justinianus constituit, ut causa exheredationis in testamento exprimatur et per heredem probetur, hoc ipso, dicunt, heres est actor, filius autem reus. Sed R̸. quod non ex eo quod quis probare debeat, semper sequatur quod sit actor, sed actor est is, qui provocat alterum in judicio, et ab eo aliquid petit, reus econtra est qui provocatur; jam autem filius, qui querelam movit, provocat heredem, et ab eo petit hereditatem.

Obj. quod, juxta *L.* 38 *ff. h. t.*, si in causa libertatis judices pari numero dissentiant, debeat praevalere illa sententia, quae favet libertati, idemque obtinet in causa dotis et matrimonii, idque propter favorem harum causarum; jam autem etiam causa filii est favorabilis; ergo in ejus favorem respondendum erat. Sed R̸. quod causa filii non sit tam favorabilis, quam causa libertatis, matrimonii, vel dotis; unde, cum id specialiter in his tribus causis sit receptum, non possumus sine texto expresso ad filium, qui agit querela inofficiosi, producere.

§ IX.

Haec ita intelligenda sunt, si tantum duae diversae, et oppositae sententiae sint; sed quid si sint plures? Ponamus ex tribus judicibus, unus condemnat in 15, alter in 10, tertius in 5: hic casus proponitur in *L.* 27 § 3 *ff. de recept. qui arb. etc.*: et J. C. decidit, sententiam praevalere in 5. Subjicit rationem, quia in hanc summam omnes consenserant; intima tamen juris ratione inspecta, videbatur dicendum sententiam valere debere in 10; is enim, qui condemnabat in 15, facilius consensisset cum eo, qui condemnabat in 10, quam cum eo, qui condemnabat in 5: similiter is, qui condemnabat in 5, facilius consensisset cum eo, qui condemnabat in 10, quam cum eo, qui condemnabat in 15; unde, inspecta verosimili mente judicum, videbatur dicendum sententiam debere valere in 10: et ita moribus servatur. Et profecto rationem a J. C. allegatam non multum probare exinde manifestum est, quod si poneremus unum ex tribus condemnasse in 5, duos in 10, deberet valere sententia in 5; eadem enim ratione verum esset dicere, quod in 5 omnes consensissent.

§ X.

Huic affinis est casus, quem proponit Cujacius, scilicet, quod ex septem judicibus tres condemnarent ad mortem, duo ad fustigationem, duo reliqui absolverent: putat Cujacius debere praevalere sententiam eorum, qui condemnant ad mortem, hac ratione, quod in dissensu judicum stetur sententiae majoris partis: illi autem tres, qui condemnant ad mortem, constituunt majorem partem, sunt enim tantum duo, qui condemnant ad fustigationem, et similiter tantum duo, qui absolvunt. Sed tamen videtur rursus debere praevalere sententiam ad fustigationem, idque ex eadem ratione, de qua supra. Nec quidquam facit ratio, quam adducebat Cujacius, quod scilicet condemnantes ad mortem constituant majorem partem, id enim simpliciter verum non est; habemus enim quatuor absolventes a morte contra tres condemnantes, nam non tantum illi absolvunt, qui simpliciter absolvunt, sed etiam illi duo absolvunt a morte, qui condemnant ad fustigationem.

§ XI.

Debet autem judex in ferenda sententia sequi leges et statuta sui territorii, a quibus nulla ratione, nequidem praetextu aequitatis contrariae, recedere potest, nisi manifesto adversaretur juri divino vel naturae, quod sane in dubio credendum non erit; unde, si, aliquo casu incidente, lex videatur iniqua, non est judicis eam iniquitatem tollere, et propterea a lege recedere, sed debet consulere principem, ut in eo puncto legi suae deroget aut dispenset; et profecto nihil magis publicae utilitati adversum, quam praetextu aequitatis plerumque cerebrinae a legibus recedere; nihil enim magis frequens est, quam quod in similibus quaestionibus aequitatis homines dissentiant; nam quod uni videtur aequum, alteri persaepe videtur iniquissimum; unde hoc ipsum inducit jurisprudentiam prorsus arbitrariam, qua certo nihil est perniciosius

§ XII.

Quamvis judex in ferenda sententia debeat se-

eundum leges judicare, non tamen sententia contra leges lata semper est nulla aut invalida, sed videndum utrum lata sit contra jus partis, an vero contra jus constituentis, ut vocant: si contra jus partis tantum lata sit, valebit: si contra jus constituentis, non valebit: exemplo res clarior fiet. Minor contraxit, et ex contractu est laesus, ideoque petit restitutionem: si judex simpliciter ei restitutionem denegaverit, sententia valebit: si autem judex expresse in sententia declaraverit minoribus laesis non competere restitutionem, sententia non valebit: ratio differentiae est, quod primo casu sententia lata sit tantum contra jus partis, ast secundo casu est lata contra jus constituentis, judex enim expresse et directo contra leges decidit. Sic rursus manus mortua rem immobilem sine decreto alienavit, unde repetebat eam, quasi alienatio esset nulla: judex simpliciter contra eam judicavit, sive alienationem validam declaravit; haec sententia, quantumvis injusta, valebit, quia est tantum lata contra jus partis; si autem judex in sententia declaravit manus mortuas in alienatione rerum immobilium non debere adhibere ullas solemnitates, haec sententia non valebit, quia est lata contra jus constitutionis.

§ XIII.

Debet etiam judex in ferenda sententia judicare secundum allegata, et probata in judicio, is enim judicando sustinet personam publicam; quod tamen non impedit quominus judex suppleat ea, quae forte ipsi litigantes, vel advocati eorumdem ex inanimadvertentia omiserunt allegare in judicio, si modo ex natura ipsius rei, vel ex iis, quae in judicio allegata sunt, colligi possint, aut ex jure sint petita (*L. unic. cod. ut quae desunt etc.*). Debet etiam judex concipiens sententiam eam conformare libello, judex enim tantum judicare potest de eo, quod in judicium deductum est: quidnam autem in judicium deductum sit, ex ipso colligendum libello, in qua actor suam intentionem proponit; si itaque aliquid post litem contestatam supervenerit, de eo judex judicare non debet; unde, si quis peteret hereditatem quasi heres, qui tempore litis contestatae needum erat heres, sed postea demum factus est, judex actorem condemnare deberet in causa hujus litis, sic tamen ut actori integra sit nova petitio.

§ XIV.

Debet etiam sententia esse certa, id est talis, quae litem aut controversiam dirimit, hic enim est finis omnis judicii et sententiae; unde debet sententia continere certam, et absolutam condemnationem vel absolutionem, itaque non valet sententia hoc modo lata: *solve quae debes, vel solve usuras, si quae competierint*; non enim tantum in judicio quaeritur, an aliquid debeatur, sed etiam quid et quantum debeatur; unde postea novo judicio esset quaerendum quid deberetur et quantum, sicque una lis alteram produceret: hoc tamen non impedit, quominus valeat sententia lata per relationem ad aliud, v. g. *solve quod testamento vel codicillis continetur*, vel *solve quod petitum est, aut libello continetur;* inspecto enim testamento, vel libello sufficienter apparet quam in rem, et in quantum facta sit condemnatio (*L.* 5 § 1, et *L.* 59 *ff. h. t.*).

§ XV.

Ex eo quod sententia debeat esse certa, sequitur quod non sit sub conditione ferenda, quamvis tamen si sit sub conditione lata, propterea non sit invalida. Sed hic aliqui distinguunt, utrum agatur de conditione intrinseca, an vero de extrinseca: exemplum prioris est, si judex ita sententiam tulerit, *absolvo te, si juraveris*, posterioris autem, *absolvo te, si navis ex Asia venerit*: priorem esse implendam admittunt, sed detrahendam contendunt posteriorem, et fundant se in *L.* 1 § 5 *ff. quando appell.* Ast profecto ex ea lege non possunt capere solidum fundamentum; haec lex quidem probat sententiam sub quacumque conditione latam esse validam, sed non probat eam detrahi debere; quaerit enim J. C. tantum quid, si sententia sub conditione lata sit, a quo tempore incipiat currere tempus praestitutum appellationi, an a tempore existentis conditionis, an vero a tempore latae sententiae: et dicit currere a tempore latae sententiae, nec mirum, cum ab eo jam tempore gravamen possit dici illatum.

§ XVI.

Videamus de effectibus sententiae. Primus ejus effectus est, quod finiat judicis officium, ita ut judex esse desinat in ea causa; unde etiam, ut ante diximus, sententiam semel a se latam amplius nequit immutare aut corrigere, ut docet J. C. in *L.* 55 *ff. h. t.*, ubi dicit *judex posteaquam semel sententiam dixit, judex esse desinit*: et hoc jure utimur, ut judex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim bene vel male officio functus est, et id quidem in tantum procedit, ut nequidem eodem die, quo sententiam tulit, id ipsi facere liceat (*L.* 62 *ff. eod.*).

Haec tamen non impediunt, quominus judex eodem die reliqua, quae ad causae decisae elucidationem pertinent, suppleat (*L.* 42 *ff. h. t.*); sic enim non videtur novam sententiam ferre aut quidquam in priori immutare, sed tantum priorem explicare; unde etiam est quod, si forte aliquid du-

bii vel obscuri in sententia lata inveniatur, judex, qui eam tulit, quodcumque illud dubium tollere, et explicare possit, sic enim iterum non novam sententiam fert, aut quidquam in eadem immutat, sed tantum sententiam latam declarat; quo referri potest *L.* 46 *ff. h. t.*

§ XVII.

Alter effectus sententiae est, quod si ab ea intra tempus a jure statutum, quod est decennii, non fuerit appellatum, pro veritate babeatur, et inter litigantes jus faciat; unde postquam in rem judicatam transivit, nullo modo amplius potest rescindi aut infirmari, in tantum quidem, ut nequidem rescripto principis id obtineri possit, ut probat *L.* 3 *cod. sent. rescind. non posse.*

Neque his obstat *L.* 45 § 1 *ff. h t.*, ubi dicitur: *de amplianda vel minuenda damnatorum poena post sententiam dictam, sine principali auctoritate nihil est statuendum*; itaque principis auctoritate interveniente id fieri posse videtur. Sed respondetur quod in ea lege agatur de causa criminali, agitur scilicet de minuenda poena eorum, qui jam damnati sunt, quod quin princeps facere possit nemo dubitat; sicuti enim princeps potest veniam delicti in totum concedere, sic etiam potest poenam per sententiam inflictam alleviare, sic scilicet princeps nemini praejudicium facit, nec jus ullius minuit, quod tamen semper esset timendum in causis civilibus, si princeps per rescriptum sententiam jam latam, et quae in rem judicatam transivit, rescinderet.

§ XVIII.

Sunt tamen aliquae causae, ex quibus sententia, quae in rem judicatam transiit, rescindi potest et destitui suo effectu. Id contingere potest per restitutionem in integrum ex capite minorennitatis vel doli, item si sententia lata sit ex falsis instrumentis, puta ex falsa depositione testium, qui corrupti erant per adversarium, ut probat *L.* 33 *ff. h. t.*

§ XIX.

Quod si post latam sententiam, quae in rem judicatam transivit, inveniantur nova instrumenta, quae, si in priori lite fuissent allegata, judex aliter sententiam tulisset, an ex eo capite sententia rescindi poterit, praesertim si eadem ante ignorarentur et jam demum sint inventa? ℟. negative, nisi dolo adversarii essent substracta, aut agetur de negotio publico, ut probat *L.* 25 *ff. h. t.* Ratio differentiae est, quod instrumenta falsa dederint causam sententiae ferendae, non item instrumenta, quae latebant, et jam demum incipiunt apparere: exceptio tamen est in causis ultimae voluntatis, quod sane favore earum specialiter est receptum, idque probat *L.* 13 *cod. de reb. cred.*

§ XX.

Diximus sententiam, a qua non est appellatum, transire in rem judicatam, et pro veritate haberi, ita ut non possit amplius infirmari; ab eo tamen exceptio est, si ex causa impotentiae matrimonium per sententiam fuerit declaratum invalide contractum, postea, cum separatione facta in consequentiam sententiae, manifesto de contrario appareret, v. g. quando is, ob cujus impotentiam matrimonium fuerat declaratum invalide contractum, ex alio matrimonio de facto celebrato liberos suscepisset, aut etiam ex fornicatione; eo enim probato, cogendi erunt redire ad se invicem, ita ut prius matrimonium sit redintegrandum seu restaurandum. Hoc tamen aliqui recentiores in dubium revocant, ut Boehmer, Oberhauser etc.: antiqua tamen sententia manifeste probatur ex *cap.* 5 *et* 6 ℞ *de frig. et malef.*; in capite quinto pontifex proponit quod ex tali causa conjuges essent separati a se invicem, et in fine subjicit: *verum si ille aliam duxerit, tunc hi, qui juraverunt, rei perjurii teneantur, et peracta poenitentia, cogetur ad priora connubia redire*; dicit itaque quod prius matrimonium sit redintegrandum, et separandus a secunda conjuge, quam de facto duxerat.

Nec quis dicat illud hic contingere per collusionem partium, etenim in capite citato ejus nullam facit mentionem, tantum enim testatur quod nunquam se invicem carnaliter cognovissent; id autem de se non importat collusionem partium, cum ex alio capite id contingere possit.

Clarius id probat caput sextum, ubi iterum proponitur ex causa impotentiae matrimonium dissolutum, et postea mulier, ob cujus impotentiam matrimonium fuerat dissolutum, ex alio liberos susceperat: et pontifex dicit, quod prius matrimonium constiterit, ideoque dicit secundum matrimonium de facto contractum non constitisse, jubetque eam a secundo separari.

Nec quis dicat in citato capite ideo prius matrimonium esse redintegrandum, quia causa, ex qua sententia lata esset, fuerat incerta, qua falsa reperta, suo sententia destituitur effectu; quod probare aliqui volunt ex eo, quod pontifex dicat *sententiam divortii per errorem, licet probabilem, novimus esse prolatam*, quia haec verba hoc minime probant; modo enim judex causa erronea motus sit ad ferendam sententiam, verum est dicere sententiam per errorem esse latam, quamvis haec causa in sententia expressa non sit; itaque illud iterum ex capite citato non probatur, sicque mere divinatorium est. Ratio autem ejus specialitatis est petenda a favore matrimonii, et indisso-

Digitized by Google

lubilitate ejusdem, cum enim matrimonium semel valide contractum, nulla potestate humana, adeoque nec judicis dissolvi possit; si matrimonium ex causa impotentiae fuisset declaratum nullum, et postea manifesto appareret impotentiam non adesse, nec tamen ex eo capite prius matrimonium esset redintegrandum, sed relinquendus sponsus cum posteriore conjuge, quam de facto duxisset; hoc certo natum esset inducere plurima eaque gravissima scandala inter fideles, ad quae evitanda merito canones statuerunt, ut postea, adducta manifesta probatione in contrarium, prius matrimonium redintegraretur.

Obj. *cap.* 4 X *de in integr. rest.*, ubi proponitur sententiam divortii latam inter virum et mulierem, a qua fuerat appellatum, et in appellatione prior sententia fuerat confirmata: cum mulier ad praefixum terminum per judicem non veniret, lata sententia, mulier dicebat se non potuisse venire ad terminum constitutum ex eo, quod dolo alterius esset decepta, qui sibi dixerat quod judex prorogasset terminum: ex eo quod die constituto venire non posset, consultus desuper pontifex eam restituit contra sententiam priorem; atqui, dicunt, in eo casu opus non fuisset restitutione, si postea probata falsitate, sententia effectu suo destitueretur. Sed respondetur, ideo in objecto capite opus fuit restitutione, quia mulier petebat causam reassumi ex iisdem actis et probationibus, quae in priori judicio fuerant allegata, et de quibus judex jam inde judicaverat; ast nos supponimus novam probationem adduci, de qua judex necdum cognovit, quaeque in priori judicio allegata non fuit; et cum de hac necdum sit cognitum, non mirum propterea eam sententiam suo destitui effectu.

Obj. *cap.* 6 X *de probat.*, ubi proponitur quod aliquis contraxerit sponsalia cum Titia, quam cum ducere vellet, aliqui juramento praestito dixerunt illos se invicem contingere in gradu consanguinitatis prohibito, quare judex per sententiam pronuntiavit, quod non possent inter se contrahere matrimonium: postea autem comparuerunt alii, qui probare parati erant illos se non contingere in gradu consanguinitatis prohibito: quaeritur an ex probatione facta ipsis liceat inter se contrahere matrimonium: et respondit pontifex quod standum sit probationi priori. Sed disparitas est, quod in capite objecto non agatur de matrimonio dissolvendo, quod jam esset contractum, sed de impediendo matrimonio contrahendo; ubi autem agitur de matrimonio contrahendo, et necdum contracto, libenter fatebimur sententiam in rem judicatam transire, si ab ea non fuerit appellatum.

Obj. *cap.* 9 X *de testib.*, ubi proponitur quod ex jurata depositione testium sententia divortii lata fuerit, postea autem testes fassi sunt se fuisse corruptos: consultus desuper pontifex respondit, quod testibus poenitentia injungenda sit, et ipsis conjugibus, si ad secunda vota necdum transiverint, inhibendum ne aliud matrimonium contrahant; ex quo inferunt quod, si ad secunda vota jam transiverint, standum sit priori sententiae, sed male; ideo enim, si ad secunda vota transiverint, statur priori sententiae, quia testimonium horum testium sic corruptorum non erat sufficiens; cum enim faterentur se corruptos in priori depositione, eorumdem depositio secundo facta merito suspecta videbatur.

§ XXI.

Nunc videamus inter quos sententia, quae in rem judicatam transivit, pro veritate habeatur, et jus faciat. Ea autem tantum facit jus inter illos, inter quos judicatum est, ita ut aliis neque noceat neque prosit; unde si creditor mortuus sit, duobus relictis heredibus, et unus heredum pro parte sua agens contra debitorem fuerit victus, alter non impedietur pro parte sua debitorem convenire, quamvis uterque ex eadem causa jus suum metiatur: idem dicendum, si debitor esset mortuus duobus relictis heredibus, et creditor contra unum agens pro portione hereditaria fuerit victus; haec sententia non impediet quominus ab altero partem petat.

§ XXII.

Diximus regulam juris esse, sententiam aliis neque nocere, neque prodesse, quam inter quos judicatum est. Haec tamen regula quandoque fallit: sic primo, si quis causam suam omnem metiatur ab eo, contra quem judicatum est, ita ut principaliter disceptatio ejus rei ad ipsum pertineat, et ita alterum prohibere potuerit, quominus in lite consisteret, sed ipse suo nomine litem suscipere potuisset, si tali casu, sciens litem contra priorem moveri, cum in lite subsistere permiserit, sententia contra priorem lata etiam ipsi nocebit, ita ut postea ipsi de novo agenti opponi possit exceptio rei judicatae.

Hanc exceptionem expressit J. C. in *L.* 63 *ff. h. t.*, varia exempla hanc in rem adducens, sic ait: *scientibus sententia quae inter alios data est, obest. cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur, veluti, si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae, et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt.* Ejus autem ratio haec est, quod cum uterque ex eadem causa jus suum metiatur, et alter priorem prohibere potuisset quominus in lite consisteret. hoc ipso, quo non impedivit, ex ejus voluntate de ea causa, quae in judicium deducta est, jam praevie intelligitur judi-

Digitized by Google

catum, atque ita ipsi agenti merito opponetur exceptio rei judicatae.

Nec obstat quod, si creditor mortuus sit duobus relictis heredibus, sententia, ut diximus, contra unum lata alteri non noceat, licet uterque ex eadem causa jus suum metiatur, scilicet ex causa hereditatis, ita ut hoc ipso, quo unus non habet jus agendi, nec alter habeat. Nam disparitas est, quod ad utrumque aeque principaliter ejus rei actio pertineret, et ita unus alterum prohibere non potuerit, quominus ejus rei nomino in lite consisteret; unde, ne negligentia unius alteri noceat, sententia contra unum lata alteri nocere nequit. Ast in casu creditoris, qui debitorem agere permisit, principaliter actio competebat creditori, qui, ideo, cum debitorem impedire potuisset, quominus ejus rei nomine in lite consisteret, ex ejus voluntate de proprietate pignoris intelligitur judicatum, si hoc non impediverit.

§ XXIII.

Alius casus, ubi res inter alios judicata aliis nocet, est si sententia sit lata contra legitimum contradictorem de re principali agentem; haec enim sententia contra eum lata etiam nocet aliis, qui tantum agunt de accessoriis, et iis quae veniunt per consequentiam, quaeque a priori dependent: sic sententia lata contra heredem scriptum nocet legatariis, legata enim dependent ab institutione heredis, ita ut heres in causa validitatis testamenti sit legitimus contradictor, heres enim institutus de re principali agit, sive de ipsa hereditate; unde sententia contra eum lata nocet legatariis, et quidem, quamvis ipsi ignorassent desuper litem esse motam heredi: sic iterum, si pater contenderit Titium non esse filium suum, qui se filium dicebat, et fuerit victus, haec sententia etiam jus facit adversus caeteros cognatos, ita ut, si forte aliquis ex illis postea moriatur, respectu cujus Titius invenitur proximus, ei succedet ab intestato, nec ei de novo status quaestio ab aliis consanguineis moveri poterit, idque ex eadem ratione.

§ XXIV.

An sententia, quae transivit in rem judicatam, tutum reddat victorem in foro interno: v. g. creditor a debitore centum petebat, et in judicio victus fuit, cum tamen debitor revera ei deberet: viceversa actor sententiam obtinuit contra reum, qui a parte rei debitor non esset; an hi victores tuti erunt in conscientia, seu an sententia extinguat obligationem naturalem, quae praeexistebat, an vero civilem tantum, et similiter an sententia inducat obligationem naturalem antea non existentem? Et plurimi distinguunt utrum victor bona fide litigaverit, an mala fide; priori casu eum tutum dicunt in utroque foro; posteriori, tantum in foro externo. Ast verius est neutro casu victorem in conscientia tutum fore, quod probatur ex eo, quod, exceptis judiciis divisoriis, sententia sit declaratoria juris (*§ ult. inst. de off. jud.*); id est sententia per se non tribuit jus, si ante nullum jus competeret, sed tantum declarat jus victori competere: sic quoque sententia non aufert jus, si ante competeret, sed tantum declarat non competere; et ita non obstante sententia reus, qui absolutus est, revera manet debitor, debitumque in conscientia exsolvere tenetur, et actor, qui vicit, actionem ex re judicata natam in conscientia exercere nequit. Probatur quoque ex *L. 28 ff. de condict. indeb.*, ita enim ait J.C.: *judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest*, quod manifestat J. C. sensisse obligationem naturalem adhuc subsistere. Idem probat *L. 60 ff. eod.*, *quia*, ut ibi dicitur, *nec absolutus, nec condemnatus repetere potest*, licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.

Dicunt adversarii in illis legibus agi de mala fide litigatore, verum hoc divinatorium est; nullum enim verbum de eo profertur.

Dicunt, ex eo quod repetere non possit, non sequi remanere obligationem naturalem: sic, ajunt, filiusfamilias, qui pecuniam mutuam accepit, naturaliter non obligatur, et tamen si solverit, repetere ipse non poterit. Sed falsum est filiumfamilias non obligari: contrarium probat *L. 9 § 4 et seqq. ad S. C. Maced.*

Obj. *L. 40 ff. de condict. indeb.*, in qua dicitur, quod is, qui exceptione perpetua tutus est, si solverit per errorem, repetere possit; jam autem absolutus, exceptione perpetua rei judicatae scilicet tutus est. ℟. Tunc demum exceptione perpetua tutus solutum repetere potest, si illa exceptio in ejus favorem sit introducta, si enim alia ratione introducta sit, repetere non poterit: sic v. g. filiusfamilias, qui accepit mutuum, tutus est exceptione perpetua, tamen si solverit, solutum repetere non poterit, quia non in ejus favorem, sed patris exceptio illa introducta est: sic etiam exceptio rei judicatae non est introducta in favorem debitoris absoluti, sed in utilitatem publicam, ut scilicet aliquis lit um finis sit.

Obj quod praescriptio etiam introducta sit in utilitatem publicam, et tamen ex illa dominium transfertur, uti et actio extinguitur. ℟. Constat ex variis legibus praescriptioni hanc vim et potestatem esse tributam, ast nulla lex hanc potestatem rei judicatae tribuit, et sane; disparitas enim est inter praescriptionem et rem judicatam; ad praescriptionem requiritur lapsus temporis, intra quod dominus vel creditor jus suum persecutus non sit, qui sibi imputare debet negligentiam suam, quae ratio cessat in re judicata, unde durum foret, si sententia dominium aut jus ab ipsis auferret.

Digitized by Google

Obj. quod si aliquis debitori suo detulerit juramentum, et is juraverit se nihil debere, cum tamen revera deberet, tunc si forte ipse vel heres ejus solverit, solutum per errorem repetere possit; ex quo idem dicendum videtur, si debitor absolutus solverit. R'. Disparitas est, quod delatio juramenti in se contineat speciem transactionis: transactio autem nititur voluntate duorum, quae voluntas de se sufficiens est ad extinguendam priorem obligationem; sed speciem transactionis non continet res judicata, neque nititur voluntate duorum, siquidem in invitum feratur.

Obj. quod res judicata habeat etiam vim transactionis. R'. Habet vim transactionis in eo, quod finem liti imponat; caeterum in pluribus differt res judicata a transactione, ut jam vidimus: sic quoque differt in eo quod transactio non noceat, nisi transigentibus, ubi res judicata etiam aliquando aliis nocet, ut superius diximus.

§ XXV.

Res judicata producit actionem et exceptionem cognominem, scilicet *rei judicatae*: de exceptione rei judicatae dicemus sub *tit.* 2. *lib.* 44: de actione hic occupabimur. Est autem personalis, rei persecutoria, perpetua, et in heredes transitoria, quamvis actio, quae in judicium deducta est, temporalis esset, et in heredes non transitoria, et ita haec actio potest habere diversam naturam ab ea, quae in judicium movebatur: si tamen dubium aliquod circa sententiam occurrat, ad priorem actionem et naturam ejus recurrendum est, utpote quae norma fuit sententiae; ideo autem haec actio transitoria est ad heredes, quia ortum habet ex quasi contractu.

§ XXVI.

Instituitur haec actio ad obtinendam executionem sententiae; hodie tamen, ut sententia executioni mandetur, solet implorari officium judicis, unde quaeri potest quis judex debeat exequi sententiam? Et possunt omnes exequi propriam sententiam, qui habent imperium mixtum; unde judices pedanei, qui tantum habent causae cognitionem, sententias a se latas non possunt exequi, sed praetor, qui eos dedit, sententiam exequitur; judex delegatus vero sententiam a se latam executioni mandare potest, utpote in quem transit merum imperium.

Quid si a sententia appelletur, quis ad executionem procedet, an judex a quo, an vero judex ad quem appellatum est? Videndum an judex appellationis cognitionem causae susceperit, quo casu, sive priorem sententiam confirmaverit, sive infirmaverit, executio per ipsum fieri debebit, quia per appellationem suspensa fuit jurisdictio judicis inferioris, et translata in superiorem: quod si judex superior causae cognitionem non susceperit, sed declaraverit appellationi locum non esse, quia forte fatalia appellationis effluxerant, judex a quo eam executioni mandabit, quia tunc judex appellationis ipsemet declaravit se in illa causa non habere jurisdictionem.

Sed quid si res, super qua litigatum fuit, non extet in territorio judicis, qui sententiam tulit, vel agatur de debito pecuniario, quod condemnatus solvere non vult, et bona non habeat in territorio judicis, sed alibi? R'. Si illa territoria subjaceant eidem principi, tunc judex alterius territorii, in quo bona sita sunt, executionem sententiae facere tenebitur in istis bonis; si autem eidem principi non subsint, tunc judex alterius territorii non poterit cogi ad sententiam in illis bonis exequendam, sed debebunt mitti litterae requisitoriales, quibus rogetur, ut sententiam exequatur, cum promissione idem praestandi in casu simili, nec solent judices requisiti hoc recusare.

Quid si tali casu condemnatus se opponat, cujus erit cognoscere de oppositione? Si oppositionem faciat ad merita causae prioris, ejus cognitio pertinebit ad judicem, a quo lata est sententia; si autem se opponat executioni faciendae, cognitio pertinebit ad judicem territorii, in quo bona sita sunt, quia executio debet fieri juxta leges, et solemnitates illius loci.

§ XXVII.

Haec actio datur contra eum, qui victus est, sive per se litigaverit, sive per procuratorem, nisi foret procurator in rem suam (*L.* 4 *ff. h. t.*, *L.* 61 *ff. de procur.*); sed an haec actio datur contra fidejussorem? Distinguendum inter fidejussorem contractus seu negotii, de quo in priore lite quaestio fuit, et fidejussorem judicatum solvi. Contra fidejussorem contractus haec actio non dabitur, recte enim fidejussor dicet quod sententia contra se lata non fuerit, sed contra debitorem: res autem inter alios acta aliis nocere non debet, ne alias forte negligentia debitoris in persequenda lite fidejussori damnosa sit. Si autem agatur de fidejussore judicatum solvi, contra hunc actio judicati dabitur, et de tali fidejussore intelligenda est *L.* 3 § 1 *cod. de usur. rei. jud.*; et revera, alias eluderetur scopus et finis victoris, qui ab adversario exigens satisdationem intendebat, ut omnimode securus esset de effectu sententiae.

§ XXVIII.

Sententiae statim satisfaciendum est, si agatur de specie debita: si autem agatur de quantitate, victo indulgetur quadrimestre ut judicato satisfaciat, intra quod, si judicato non satisfecerit, ad

Digitized by Google

usuras centesimas tenetur: ita jure Romano. Moribus autem tempus illud determinatum non est, sed relinquitur arbitrio judicis, qui in quantitate debita longius tempus indulgere debet, quam in specie debita; saepe enim difficile est pecunias sibi comparare, ubi species statim restitui potest.

§ XXIX.

Executio sententiae, si agatur de specie debita, in ipsa specie, in qua reus condemnatus est, facienda est, si modo ipsam rem habeat; si vero rem non habeat, vel in quantitate condemnatus sit, executio fieri debet in bona ejus; quod de jure Romano fiebat per pignorum captionem, ut ex distractione eorum judicato satisfieret, in quibus hic ordo servabatur: primo distrahebantur res mobiles, tum immobiles, et si nec hae sufficiebant, fiebat distractio jurium condemnato competentium; ideo ille ordo servabatur, ut quam minimum fieri possit condemnato noceatur (*L.* 15 § 2 *et seqq. ff. h. t.*) Bona illa publice distrahi debent: quod si nullus emere velit, justo pretio victori addicuntur.

§ XXX.

Effectus sententiae aliquando, vel in totum, vel pro parte impeditur. In totum impeditur per restitutionem in integrum, per exceptionem Vellejani, Macedoniani, et doli; nam si victor actiones quas habet victo cedere nolit, v. g. si culpa commodatarii res fuerit subrepta, et ideo condemnatus fuerit ad aestimationem ejus, si paratus sit judicato satisfacere, modo victor sibi cedat actiones adversus furem, et hoc victor deneget, recte eum repellet condemnatus exceptione doli, quae effectum sententiae impediet.

§ XXXI.

Pro parte impeditur effectus sententiae per beneficium competentiae competens parentibus, liberis, uxori, marito, donatori, socio etc., ut se modice juxta conditionem suam exhibere possint.

TITULUS II.

DE CONFESSIS.

Titulum hunc disce ex *Decretalibus tit.* 18 *lib.* 2.

TITULUS III.

DE CESSIONE BONORUM.

Lege Julia, et principum edictis indultum est debitoribus, qui, adversante fortuna, creditoribus suis satisfacere nequeunt, beneficium cessionis bonorum, quo, si utantur, carceris molestias evitant. Haec cessio est bonorum omnium a debitore, qui solvendo non est, apud magistratum facta dimissio, ut ex eorum distractione creditoribus, in quantum adhuc permittunt debitoris lapsae facultates, satisfiat: haec cessio non liberat debitores, adeo ut si postea ipsis arrideat fortuna, a creditoribus adhuc conveniri possint; gaudent tamen beneficio competentiae, ita ut in bonis postea acquisitis executio in solidum fieri non possit, sed debitori relinquendum est unde sustentetur.

TITULUS IV.

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR.

Missionem in possessionem ex variis causis, puta damni infecti, rei judicatae executionis, quae fit captis pignoribus, decerni jam vidimus; sed et ex variis aliis capitibus missio in bona decernitur, puta, si debitor, fraudandi creditoris causa, latitet, si defuncto heres non extet, si quis in exilium missus administratorem bonorum non constituerit; quibus casibus creditores mittuntur in possessionem ex primo decreto, bonorum et rerum debitorum suorum conservandorum causa: quod si postea creditoribus non satisfiat, mittuntur ex secundo decreto, quo, elapso tempore constituto, bona debitorum vendere possunt, et ex pretio sibi satisfacere.

TITULUS V.

DE REBUS AUCTORITATE JUDICIS POSSIDENDIS SEU VENDENDIS.

Cum pecunia ex venditione bonorum debitoris plerumque satisfaciendis creditoribus non sufficiat, inter eos de praelatione saepe lis est; ast cum aequitas postularet, ut illi prius dimittantur, quorum jus potius est, hinc classes variae creditorum constitutae sunt. In prima vocantur qui impensas in funus debitoris fecerunt (*L.* 17 *ff. h. t.*), item qui fecerunt impensas litis, et inventarii bonorum (*L. ult.* § 9 *ff. de jur. delib.*). In secunda collocatur primo fiscus ratione debiti primipilaris, et tributorum (*L.* 3 *cod. de primip.*, *L.* 1 *cod. si propt. pub. etc.*); secundo, qui credidit in militiam emendam, et pactus est, ut sibi hypothecaretur (*Nov.* 97 *cap.* 3); tertio uxor ratione dotis (*L.* 12 § 1 *cod. qui pot. in pign.*). Concurrunt inter se, qui credidit in domum reficiendam, qui rem emerunt, vel crediderunt in navem reficiendam, cum pacto ut res illa vel navis sibi nexu hypothecae devinciretur, et pupillus cujus pecunia res empta fuit (*L.* 1 *ff. in quib. caus. pign.*, *L.* 5 *et* 6 *cod. qui pot. in pign.*, *L.* 7 *ff. eod.*). In

Digitized by Google

tertia classe veniunt creditores hypothecarii eo ordine, quo diximus in *lib.* 20 *ff.* In quarta veniunt chirographarii hoc ordine: primo Ecclesia et Respublica (*L.* 38 § 1 *ff. h. t.*); secundo, qui in rem aliquam emendam credidit (*L.* 26 *ff. h. t.*); tertio deponentes (*L.* 7 § 2 *et* 3 *ff. de post.*). Quintam classem occupant omnes alii creditores, post quos denique venit fiscus ratione mulctarum (*L.* 17 *et* 37 *ff. de jur. fisci*).

TITULUS VI.

DE SEPARATIONIBUS.

Sicuti in prioribus titulis, ita et in hoc creditoribus providetur Separatio bonorum, de qua hic agitur, tunc locum habet, quando creditores hereditarii et testamentarii praevident bona defuncti sejuncta a patrimonio heredis sufficere ad debita et legata solvenda, non autem sufficere, si mixta sint bonis heredis obaerati, et ideo petunt ut bona defuncti separentur a bonis heredis, ne alioquin concurrere debeant cum creditoribus ejus. Petita igitur bonorum separatione, si bona defuncti non sufficiant, concurrunt inter se pro rata ad divisionem eorum, exclusis creditoribus heredis: quod, si dimissis creditoribus heredis, aliquid ex bonis ejus remaneat, ad illud recurrere non poterunt creditores hereditarii, utpote a quo per bonorum separationem recesserunt.

TITULUS VII.

DE CURATORE BONIS DANDO.

Cum ex titulis praecedentibus appareat consultum esse, ut quis constituatur ad administranda et distrahenda bona, vel illius, qui bonis cessit, vel ejus, contra quem missio in bona decreta est etc, ideo in hoc titulo agitur de curatore bonis dando, cujus officium est custodire, et administrare bona debitoris, ea post inventarium confectum distrahere, et ex pecunia creditoribus, juxta praelationis ordinem, satisfacere.

TITULUS VIII.

QUAE IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT UT RESTITUANTUR.

Adversus iniquitatem debitoris, qui creditorum defraudandorum causa res suas alienat, prodita est actio Pauliana, per quam creditores persequuntur res a debitore alienatas contra quemcumque possessorem titulo lucrativo, in solidum, si fraudis particeps fuerit, et quatenus factus est locupletior, si sine fraude rem sibi comparaverit: adversus eos autem, qui titulo oneroso acquisiverunt, nec fraudis participes fuerunt, haec actio non datur.

Caeterum ut haec actio competat requiritur, ut creditores jam missi sint in possessionem bonorum debitoris, et ut debitor revera alienaverit, non etiam si occasionem acquirendi omiserit, v. g. repudiando legatum.

LIBER QUADRAGESIMUS TERTIUS

TITULUS I.

DE INTERDICTIS SIVE EXTRAORDINARIIS ACTIONIBUS, QUAE PRO HIS COMPETUNT.

Interdicta causam possessionis continent, sunt scilicet decreta, quae dat judex, eum statuit apud quem ex litigantibus debeat esse possessio tempore, quo super proprietate litigatur. Variorum generum erant interdicta apud Romanos, prout in sequentibus titulis apparebit: mores nostros quod attinet, interdicta seu judicia possessoria triplicis generis sunt, nempe: adipiscendae seu acquirendae possessionis, quod in praxi *immissionem in bona* vocant; retinendae possessionis, quod mores hodierni *manutenentiam* appellant; et recuperandae possessionis, quod *redintegrationis* nomine hodie venit.

Verum, an haec judicia possessoria cum petitorio, seu judicio, in quo controvertitur de dominio, cumulari possint, quaeritur? Et ex natura rei nihil obstare videtur, quominus adipiscendae possessionis judicium cumuletur cum petitorio; quid enim obstat quin et rem et ejus possessionem petam, sed et recuperandae possessionis remedium cum petitorio cumulari poterit, numquid possum agere ad recuperandam possessionem rei, qua me spoliasti, et simul intendere rem esse meam. Nihil quoque obstat, quominus aliquando judicium retinendae possessionis cumuletur cum petitorio; dico aliquando, nam si non tantum possideam, sed vero et corporaliter detineam rem meam, potero quidem petere manutenentiam casu, quo quis velit me turbare in possessione, sed non erunt termini habiles, ut agam petitorio, seu rei vindicatione, cum haec actio non detur possidenti.

TITULUS II.

QUORUM BONORUM.

Hoc interdictum datur illi, cui praetor concessit bonorum possessionem, adversus eos, qui pro herede, vel pro possessore res hereditarias possident.

Digitized by Google

TITULUS III.

QUOD LEGATORUM.

Contra legatarios, qui praemature res sibi legatas occuparunt, datur interdictum restitutorium *quod legatorum*, ut possit ex his heres detrahere Falcidiam.

TITULUS IV.

NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT.

Datur actio in factum adversus eos, qui missum in possessionem eam ingredi impediunt.

TITULUS V.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

Interdictum exhibitorium, de quo sub hoc titulo, datur omnibus iis, quorum interest videre et describere tabulas testamenti, contra eum, apud quem sunt.

TITULUS VI.

NE QUID IN LOCO SACRO FIAT.

Populare est hoc interdictum vetans,ne quid deformitotis fiat rebus sacris, religiosis, et sanctis.

TITULUS VII.

DE LOCIS ET ITINERIBUS PUBLICIS.

Populare quoque est hoc interdictum, interest enim omnium, ne usus publicarum viarum impediatur.

TITULUS VIII.

NE QUID IN LOCO PUBLICO VEL ITINERE FIAT.

Prohibet etiam praetor sub hoc titulo, ne quid fiat in via publica, quod in privatorum damnum redundare possit.

TITULUS IX.

DE LOCO PUBLICO FRUENDO.

Prohibet praetor vim fieri ei, qui loca publica, puta insulas, balnea etc. conduxit.

TITULUS X.

DE VIA PUBLICA,ET SI QUID IN EA FACTUM ESSE DICATUR.

Sub *tit. VII. et VIII.* egit praetor de viis rusticis: sub hoc de urbicis, de quibus idem statuit.

TITULUS XI.

DE VIA PUBLICA ET ITINERE PUBLICO REFICIENDO.

Prohibet praetor vim fieri ei, qui viam publicam reficit.

TITULUS XII.

DE FLUMINIBUS, NE QUID IN PUBLICO FLUMINE, RIPAVE EJUS FIAT, QUO PEJUS NAVIGETUR.

Sub hoc titulo prohibet praetor,ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo statio iterve navigio fiat deterior.

TITULUS XIII.

NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT,QUO ALITER AQUA FLUAT, ATQUE UTI PRIORE AESTATE FLUXIT.

Jubet praetor tolli quidquid ita factum fuerit in flumine, quo aliter aqua fluit, quam priori aestate fluxerat: prioris aestatis meminit praetor, quia naturalis fluxus aquarum certior est aestate quam hyeme.

TITULUS XIV.

UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT.

Hoc edicto probibitorio cavet praetor,ne vis fiat ei, qui in flumine navigat aut piscatur.

TITULUS XV.

DE RIPA MUNIENDA.

Praetor tuetur eum, qui ripam reficit, modo navigationem non reddat deteriorem.

TITULUS XVI.

DE VI, ET VI ARMATA.

Interdictum *unde vi* competit ei, qui de possessione fundi dejectus est, adversus eum, qui vi dejecit, ut possessio restituatur, et condemnetur reus ad id, quod actoris interest.

TITULUS XVII.

UTI POSSIDETIS.

Priori titulo agitur de eo, qui dejectus est ex fundo: sub hoc agitur de eo, qui turbatur in possessione rei immobilis, quod scilicet ei detur interdictum *uti possidetis*.

TITULUS XVIII.

DE SUPERFICIEBUS.

De hoc titulo egimus in digressione immediate sequenti *tit. III. lib. VI. pag.* 135.

TITULUS XIX.

DE ITINERE, ACTUQUE PRIVATO.

Hoc interdicto praetor prohibet, ne vis fiat ei, qui hoc anno retrorsum computando triginta diebus actu vel via privata usus est nec vi, nec clam, nec precario: non hic intellexit praetor, quod per talem usum acquiratur servitus viae vel actus, sed tantum quod acquisiverit ejus quasi possessionem, a qua detrudi non poterit, nisi per actionem negatoriam a domino fundi intentandam.

TITULUS XX.

DE AQUA QUOTIDIANA ET AESTIVA.

Quod de viis privatis cautum est in titulo praecedenti, cavetur in hoc de aqua quotidiana, quae scilicet assiduo duci solet, et aestiva, quae sola aestate duci expedit, quod scilicet is, qui hoc anno aquas ex fundo alieno duxit, hoc interdicto uti possit ad tuendam suam possessionem.

TITULUS XXI.

DE RIVIS.

Vim fieri prohibet praetor illi, qui rivum reficit et purgat, ex quo aquam ducit.

TITULUS XXII.

DE FONTE.

Quod prioribus titulis diximus de usu viarum privatarum, et aquae ducendae, applicanda sunt usui aquae haustus.

TITULUS XXIII.

DE CLOACIS.

Prohibet praetor, ne vis fiat ei, qui cloacum publicum vel privatum reficit et purgat: cloacus est locus cavus, in quem colluvies aquarum fluit.

TITULUS XXIV.

QUOD VI AUT CLAM.

Opus, quod vi aut clam factum est, deponi jubet praetor, ut vidimus sub tit. *de novi operis nuntiatione.*

TITULUS XXV.

DE REMISSIONIBUS.

Hic quoque titulus spectat ad novi operis nuntiationem, quod scilicet novi operis nuntiationem remittat praetor, causa cognita, aut cautione pro eo praestita.

TITULUS XXVI.

DE PRECARIO.

Jam vidimus de duobus vitiis possessionum, nempe de vi et de eo, quod clam fit: hic agitur de tertio vitii genere, scilicet *de precario*, quod precibus petentis conceditur; itaque qui vel vi, vel clam, vel precario jure aliquo utitur, non acquirit ejus possessionem, nec se interdicto tueri potest.

TITULUS XXVII.

DE ARBORIBUS CAEDENDIS.

Arbores ita impendentes in praedia vicini, ut ei damnum adferant, a domino subluceri debent quindecim pedibus; quod si dominus non fecerit, subluceri poterit a vicino, qui etiam ramos sibi habebit: si autem arbor aedibus noceat, adimi debet a domino, et si non ademerit, vicinus adimere poterit; et sicuti ut primo casu ramos, ita et in hoc arborem integram sibi habebit.

TITULUS XXVIII.

DE GLANDE LEGENDA.

Fructus quilibet, qui ex arboribus nostris cadunt in agrum vicinum, legi et auferri possunt a nobis intra tres dies. Moribus nostris fructus in fundum vicini procidentes ejus sunt, imo ejus quoque sunt fructus ex ramis fundo suo impendentibus. Ratio hujus differentiae petenda ex diversis principiis, quibus Romani et nos utimur, scilicet Romani de dominio arboris ex radice judicabant, nos autem ex ramis.

TITULUS XXIX.

DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO.

Jubet praetor hominem liberum exhiberi ab eo, a quo detinetur.

TITULUS XXX.

DE LIBERIS EXHIBENDIS, ITEM DUCENDIS.

Jubet praetor liberos in potestate, qui apud

a pilium detinentor, exhiberi, et vim fieri prohibet patri filios exhibitos ducenti.

TITULUS XXXI.

UTRUBI.

Interdictum *utrubi* probibitorium datur ei, qui rem mobilem nec vi, nec clam, nec precario possedit majore parte anni, contra eos, qui in possessione sua eum turbare vellent.

TITULUS XXXII.

DE MIGRANDO.

Tuetur praetor inquilinum, qui soluta pensione migrat et aufert res, quae nexu hypothecae in securitatem pensionis vinculata erant.

TITULUS XXXIII.

DE SALVIANO INTERDICTO.

A Salvio Juliano edicti perpetui redactore venit hoc interdictum, quod locatori datur pro rebus, quas colonus in fundum rusticum intulit, et nexu hypothecae obligavit in securitatem mercedis: adversus colonum directum datur interdictum, adversus tertios possessores, utile.

Verum quare introductum est hoc interdictum, cum jam prius daretur actio Serviana? Quia in actione Serviana agitur de jure pignoris, adeoque probandum est rem in praedium inductam fuisse debitoris eo tempore, quo eam in fundum induceret, quod difficile est; ubi in interdicto Salviano tantum probare debet locator rem nomine pignoris in fundum illatam esse.

LIBER QUADRAGESIMUS QUARTUS

—

TITULUS I.

DE EXCEPTIONIBUS, PRAESCRIPTIONIBUS, ET PRAEJUDICIIS.

Titulum hunc disce partim ex *tit.* 26 *lib.* II. *i;*, partim repete ex *tit. ff. de usurpat. et usucap.*

TITULUS II.

DE EXCEPTIONE REI JUDICATAE.

§ I. Definitur exceptio rei judicatae, et requisita ad eam traduntur.
§ II. De primo requisito, nempe ut agatur de eadem re.
§ III. De secundo requisito, scilicet ut agatur ex eadem causa.
§ IV. Exponitur *L.* 11 § 3 *ff. h. t.*
§ V. Item *L.* 30 § 1 *ff. h. t.*
§ VI. De tertio requisito, ut nimirum inter easdem personas agatur.

§ I.

Exceptio rei judicatae est exceptio perpetua, quae datur reo absoluto, si iterum conveniatur, nimirum cum, ut jam vidimus, sententia non extinguat jus seu actionem actoris, ei adhuc post sententiam ipso jure competit, verum ne lites sint perpetuae, necessum fuit dare reo absoluto exceptionem rei judicatae, qua actorem denuo agentem repelleret.

Ut autem haec exceptio competat, requiritur primo, ut agatur de eadem re, secundo, ex eadem causa, et tertio, inter easdem personas (*L.* 3, 4, 5, 12, 13, et 14 *ff. h. t.*).

§ II.

Diximus primo requiri, ut agatur de eadem re; non tamen absolute requiritur, ut agatur de eadem re in individuo, sed si forte totum petens fuissem victus, postea partem ejusdem rei petens nihilominus repellar (*L.* 7 *ff. h. t.*).

Quid igitur si fundum petiissem, an victus adhuc possem petere arbores in fundo existentes, sine metu hujus exceptionis? Siquidem arbores illae tempore prioris litis jam extarent in fundo, negative. Si autem postea natae sint, affirmative. Et ita conciliatur *princ. L.* 7 cum § 3 *ejusd. ff. h. t.*

Quid si petierim domum, an victus tigna petere potero? ℟. affirmative; quia tigna nec sunt domus, nec pars ejus, sed sunt materia, ex qua domus aedificata est; itaque non eandem rem aut partem ejus peto, sed diversam, ut per *L.* 7 § 2 *ff. h. t.*, cui tamen rursus obstat *princ. ejusd. L.*, in quo contrarium dici videtur; sed dicendum quod J. C. hoc correxerit in § 2 circa tigna et lapides; nimirum in *princ. d. L.* et § 1 varia proposuerat exempla, in quibus examinabat an obstaret exceptio rei judicatae; tum in fine § 1 subjicit verba *in his igitur fere omnibus exceptio nocet*; cum itaque dicat *fere*, non in omnibus nocebit: tum in § 2 per oppositionem loquens ait *sed in caementis et tignis diversum est;* ex quibus apparet quod J.C. particulam *fere* prioribus adjecerit propter exceptionem, quam statim subjicere intendebat in § 2.

Quid si petiverim fundum, an victus potero petere usumfructum ejusdem? Et videndum, an usumfructum petere velim tamquam dominus, sive ex eadem causa, ex qua in priori judicio contenderam fundum esse meum, quo casu obstabit mihi exceptio rei judicatae; ususfructus causalis enim est pars dominii, ita ut hoc ipso, quo fundum pe-

Digitized by Google

to, etiam usumfructum petere intelligar, et de eo casu intelligenda est *L.* 21 § 3 *ff. h. t.* Si autem usumfructum formalem petam, id est tamquam distinctum a proprietate, non obstabit mihi exceptio rei judicatae; in priori enim judicio de eo actum non fuit, sed de causali, et sane fieri facile potest ut, licet quis dominus non sit, sit tamen fructuarius.

§ III.

Requiritur ut agatur ex eadem causa; quia si ex diversa causa agatur, alia lis esse intelligetur, quamvis forte agatur de eadem re; diversitas tamen actionis, modo ex eadem causa oriatur, non impedit identitatem causae, quod J. C. eleganter expressit in *L.* 11 § 4 *ff. h. t.* dum ait *camdem causam facit enim origo petitionis*; quod ita verum est ut, si etiam hae actiones ad diversum finem tenderent, modo ex eadem causa originem trahant, nihilominus obstaret exceptio rei judicatae; hinc in *L.* 25 § 1 *ff. h. t.* dicitur quod, si emptor redhibitoria aut quanti minoris actione semel egerit, altera amplius ex eodem vitio agere nequeat. Hae actiones tamen tendunt ad diversa, scilicet redhibitoria ad dissolutionem contractus, quanti minoris ut restituatur emptori quanti minoris emisset; sed quia ex eadem causa proficiscuntur, scilicet ex vitio rei venditae, eadem causa denuo in judicium deduci videretur.

§ IV.

Aliud dant exemplum *L.* 11 § 3 *ff. h. t.*, et *L.* 25 § 8 *ff. famil. ercisc.* Proponitur quod ego et tu heredes fuerimus Titii: tu partem fundi, quem totum dicebas hereditarium, petieras, et victus fueras, ego partem meam petens obtinueram: tunc partem, in qua tu victus fueras, emeram, sicque fundus integer apud me extabat, unde tu ratione illius fundi volebas agere contra me judicio familiae erciscundae: quaerit J. C. an tibi agenti possim opponere exceptionem rei judicatae, et ait *me posse*. Ratio dubitandi erat, quod videretur agi inter diversas personas; sed ratio decidendi fuit, quod exceptio rei judicatae sit realis, atque ita sicuti tu agens adversus eum, qui te vicerat, repulsus fuisses exceptione rei judicatae, sic et tibi adversus me agenti, cum sim successor ejus ex causa venditionis, eadem obstabit exceptio.

Sed et alia erat dubitandi ratio, scilicet quod jam nova actione ageretur, quam in priori judicio; ast hoc nihil faciebat, cum utraque actio oriretur ex jure hereditario.

Sicuti autem contingit ut, quamvis diversis agatur actionibus, obstet tamen exceptio rei judicatae, sic quoque fieri potest ut, quamvis eadem actio intentetur, non obstet exceptio, quod contingit quoties post priorem litem decisam supervenit nova causa, ex qua actio acquiratur, vel cessare incipiat exceptio, quae antea opponi potuerat: v. g. vendidi rem pupilli, qui postea mihi fuit heres, si rem venditam ab emptore avocare velit, ostabit ei exceptio rei venditae et traditae, quod si postea contra aditionem hereditatis fuerit restitutus, rem cum effectu vindicare poterit, quia, ubi contra aditionem est restitutus, ei agenti nequit opponi illa exceptio, cum jam intelligatur nova causa in judicium deducta.

§ V.

Huc spectat *L.* 30 § 1 *ff. h. t.*, cujus hic est casus. Titius petebat hereditatem a Maevio, ad quem pertinebat, et inter illos lis transactione sopita fuit: in illa transactione convenit, ut Titius praeter res hereditarias adhuc praestaret fundum proprium, forte expensarum loco, illum autem fundum jam ante avo Maevii pignori dederat Titius, et postea secundo creditori: fundo illo tradito, venit secundus ille creditor, qui hypotecaria agens abstulit fundum a Maevio nesciente fundum illum avo suo nexu hypothecae vinculatum: Maevius postea in rebus avitis reperit chirographum, in quo cognoscit fundum illum avo suo per Titium hypothecae datum fuisse, et fundum jam avocare intendit a secundo creditore, qui cum in priori lite vicerat: quaerebatur an recte? Erant duae dubitandi rationes: prima, quod Maevio agenti videretur posse objici exceptio rei judicatae; secunda, quod acquisivisset dominium illius rei, adeoque pignus per confusionem esset extinctum: decidit tamen J. C. eum recte agere hypothecaria contra posteriorem creditorem, et merito; non enim ei obstat exceptio rei judicatae, cum in priori lite non esset quaesitum de jure pignoris Maevii, sed posterioris creditoris, adeoque jam agitur de diversa causa.

Obj. quod si contra Maevium actum fuisset reivindicatione, et succubuisset, postea eidem agenti reivindicatione obstaret rei judicatae exceptio; ergo, inquiunt, ubi Maevius semel victus est per hypothecariam, eidem agenti hypothecaria obstare debet exceptio rei judicatae. R. Disparitas est, quod eo ipso, quo actor in reivindicatione obtinuit, per sententiam declaratus sit dominus, et ita, cum duo nequeant esse domini ejusdem rei in solidum eodem tempore, per necessariam consequentiam declaratum est Maevium non esse dominum; et ita ei quandocumque agenti reivindicatione ex causa, quae priorem litem praecessit, debet obstare haec exceptio. Sed aliud est in hypoteca; quamvis enim per sententiam declaratum sit actorem habere hypothecam in illa re, cum tamen plures in una et eadem re eodem tempore possint habere hypothecam, minime sequitur victum Maevium in illa re non habere hypothecam; unde cum de jure Maevii in priore lite nullatenus quaesitum sit, eidem jam jus suum in judicium deducenti exceptio rei judicatae opponi nequit.

Digitized by Google

Altera dubitandi ratio, ut diximus, erat quod in easu pignus per confusionem videretur extinctum, quatenus Maevius acquisivisset dominium ejus per transactionem; sed nec hoc dici poterat, nam quamvis dominium acquisiverit, pignus tamen perdurat propter posteriorem creditorem, nimirum quod pignus extinguatur acquisitione dominii, id inde est quod nemo possit habere hypothecam in re sua; sed hoc tantum verum est, si dominium irrevocabile acquisiverit. Ast in casu dominium ejus erat revocabile, scilicet per posteriorem creditorem; adeoque cum tale dominium non tantumdem juris praestet domino, quam praestat hypotheca, ideo hypothecam retinet.

Obj. *L.* 17 *ff. quib. mod. ususf. amitt.*, ubi proponitur proprietas fundi sub conditione legata, ojusdem ususfructus alteri pure relictus: pendente conditione legatae proprietatis, legatarius ususfructus proprietatem emit ab herede, et adeo facta est consolidatio: postea existit conditio proprietatis legatae: quaerit J.C. quid fructuarius debeat praestare legatario proprietatis, an tantum nudam proprietatem, an vero fundum pleno jure? Et respondit fundum pleno jure esse praestandum; proprietas tamen in illo casu non erat irrevocabiliter acquisita. Sed R'. quod ususfructus, utpote auferens omne rei emolumentum, strictam naturam habeat; unde sufficere, visum est, ad eum extinguendum, fructuarium revocabiliter acquisivisse dominium rei fructuariae; sed pignus, eum sit in gratiam utriusque, omnino benignam interpretationem meretur; unde visum non est sufficere, ut creditor acquisivisset dominium revocabile, sed leges requisiverunt ut acquireret dominium irrevocabile, ut in consequentiam hujus amitteret hypothecam.

§ VI.

Tandem ut operetur exceptio vel judicatae requiritur, ut agatur inter easdem personas, ne scilicet negligentia unius alteri noceat, aut forte iniquitas unius alteri prosit. Hinc J. C. recte in *L.* 22 *ff. h. t.* ait, quod si eum uno coherede depositarii depositi actum sit, et actor fuerit victus, is non impediatur eum alio agere: idem foret, si forte deponens esset mortuus pluribus relictis heredibus, et unus ipsorum agens actione depositi victus fuerit, alter postea agens ea exceptione repelli non poterit.

Illa exceptio etiam prodest fidejussori: alias propter regressum, quem haberet fidejussor, si solvere cogeretur, debitor privaretur commodo suae exceptionis: non tamen exceptio nec quaesita contra debitorem principalem nocebit fidejussori, ne forte incuria debitoris fidejussori noceat.

TITULUS III.

DE DIVERSIS TEMPORALIBUS PRAESCRIPTIONIBUS, ET DE ACCESSIONIBUS POSSESSIONUM.

Repete ex tit. *de usurp. et usucap.*

TITULUS IV.

DE DOLI MALI ET METUS EXCEPTIONE.

Repete ex tit. *de dolo malo.*

TITULUS V.

QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR.

Tres sub hoc titulo proponuntur exceptiones. Prima, quod detur *exceptio jurisjurandi* ei, qui, deferente adversario, juravit se nihil debere, qua tueri se poterit, si is, qui juramentum detulit, eadem de causa iterum agere velit. Secunda agit de stipulatione inita inter patronum et libertinum, scilicet patroni in manumissione servorum duras et asperas quandoque imponebant conditiones, quod, eum durum visum fuerit, data fuit libertino exceptio *de eo quod libertatis onerandae causa factum est*, qua repelleret dominum adversus se duriora exigentem. Tertia agit de exceptione *de eo quod in alea gestum est*, quae poterat objici illi, qui in alea rem aliquam emerat, scilicet quod si per evictionem res illa auferatur, et agat actione de evictione contra venditorem, repelli possit hac exceptione, et merito; imputet enim sibi emptor, quod in lusu per leges prohibito emerit ab eo forte, qui statim pecuniam perditurus erat.

TITULUS VI.

DE LITIGIOSIS.

Datur sub hoc titulo exceptio *litigiosi* contra eum, qui rem, super qua lis mota est, quocumqoe contractu sibi quaesivit, et persequi vellet, adversus eum, quocum auctor ejus litigat.

TITULUS VII.

DE OBLIGATIONIBUS, ET ACTIONIBUS.

Obligationis definitionem, ejus divisiones, adversus quos dentur etc. repeto ex *Heineccii Recitationibus*. Hic tantum exponemus curiosiores quasdam quaestiones, et quidem videbimus.

§ I. An valeat stipulatio *dabo si velim*, et altera *dabo cum voluero*.
§ II. De casibus, in quibus leges in totum, vel pro parte impediunt effectus obligationum.
§ III. An quis ad factum cogi possit.
§ IV. De obligationibus dividuis et individuis.
§ V. Traduntur varia principia, ex quibus deduci potest quando variae actiones ex eodem facto nascentes moveri possunt, et quando una intentata aliam consumit.

§ I.

Cum obligatio sit juris vinculum, quo quis ad dandum vel faciendum adstringitur, clarum est non posse conferri in voluntatem debitoris an velit obligari; unde stipulatio sub conditione inita *si volam* nullam inducit obligationem (*L.* 8 *ff.*

Digitized by Google

h. t.), *pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis*: ibidem, ait J. C., valebit tamen haec stipulatio, *dabo centum, si Capitolium ascendero*, licet iu mea potestate sit Capitolium ascendere, vel non ascendere; quia haec obligatio magis confertur in existentiam facti, quam in voluutatem promissoris, quod adeo verum est, ut si coactus promissor Capitolium ascenderit, nihilominus od solvendum teneatur. Valet quoque stipulatio sub hac conditione contracta, *cum volueris, dabis* (*L.* 46 § 2 *ff. de verb. oblig.*), et maxime differt a praecedenti inita sub conditione *si volam;* etenim quando quis stipulatur *si volueris*, directo ipsam obligationem confert in arbitrium debitoris; sed ubi stipulotur *cum volueris*, non tam ipsam obligationem, quam potius executionem intelligitur conferre in arbitrium debitoris; unde ubi quis sub tali conditione promisit, tota quidem vita sua ad solvendum cogi non poterit, sed eo mortuo heres ejus confestim cogi poterit.

§ II.

Leges aliquando in totum, aliquando pro parte impediunt effectus obligationum naturales. Sic leges in totum impediunt intercessiones mulierum, adeo ut, modo ratiocinandi Romanorum, mulieris intercedentis nullo nequidem naturalis subsit obligatio. Pro parte leges impediunt effectus naturales obligationis in pupillo, et minore contrahente sine tutoris auctoritate; quod enim attinet personas eorum nulla est obligatio, sed qnod attinet personos oliorum, quas forte obligatio pupilli concernit, obligetio naturalis subsistit; et ita intelligi poterunt textus alioquin sibi contrarii. Sic in *L.* 5 § 9 *ff. h. t.*, *L.* 41 *ff. de condict. indeb.*, et in variis aliis, absolute dicitur pupillum ita contrahentem naturaliter non obligari: econtra in variis aliis dicitur pro obligetione pupilli posse dari fidejussores, pignora etc.; jam autem pignora et fidejussiones constitui oon possunt, nisi praeexistat obligatio saltem naturalis; dicendum igitur respectu pupillorum, sine consensu tutoris vel curatoris contrahentium, nullam esse obligationem naturalem, respectu vero eorum qui in consequentiam talis controctus fidejubent, pignore dant, etc subesse obligationem naturalem; leges enim tantum voluerunt consulere ipsis pupillis, non vero aliis. Simili modo videmus providentiam legum nolentium restitutionem minoribus concessam majoribus prodesse, nisi negotium absolute individuum sit.

In *L.* 10 *ff. ad S. C. Maced.* dicitur filiosfamilias accipientes pecuniam mutuam obligari naturaliter: si tamen creditor dederit pecuniam filiofamilias, sciens eam statim dilapidaturo, tali easu, si revera eam dilapidet, nulla nascetur obligatio naturalis. Non obstat qnod S. C. non extinguat obligationem, sed tantum deneget actionem; nam S. C. non induxit obligetionem in casibus, in quibus, jure naturae inspecto, actio nasci non potuit. In nostro autem casu, quando creditor sciens dilapidaturo pecuniam credidit, jus naturae non inducit obligationem, quia creditor hic deliquit corrumpendo mores filiifamilias; jus noturae autem non patitur, ut quis obligetionem ex suo delicto acquirat. Quod si in casu filiusfamilias pecuniam non dilapidasset, sed vel in rem suam esset versa, vel adhuc extaret, jam obligaretur naturaliter, non vi obligationis, quam subsistere non posse diximus, sed re, sive ne locupletetur eum jactura alterius.

§ III.

In obligationes deducuntur res vel facta; unde descendit divisio obligationum in eas, quae consistunt *in dando*, et eas, quae consistunt *in faciendo*. Quando obligatio eonsistit *in dando*, opud omnes in confesso est debitorem absolute cogi posse ad rem praestandam, ut dixi § IV. *de act. empt. et vend.*; sed non ita convenit circa obligationes *faciendi*, an scilicet debitor directo conveuiri possit, ut factum praestet, an vero satisfaciat praestando interesse: hoc ultimum volunt plurimi, sed nobis contraria praeplacet sententia, et dicimus ita rem se habere. Donec tempus, quo factum commode poni potuit, elapsum non est, debitor conveniri nequit: quod si elapsum sit, sed creditor necdum egerit, debitor quandocumque illud factum interponens liberabitur; si autem tunc debitor conveniatur, sed ante litem contestatam factum ponat, ad nihil aliud, quam ad illud factum tenebitur (*L.* 84 *ff. de verb. oblig.*): quod si factum eo tempore praestitum non sit, jam iu arbitrio ereditoris erit, an malit agere ad factum, et debitorem ad illius praestationem eogere, an vero malit agere ad interesse, ita ut, si ad interesse agat, debitor non possit liberari factum invito creditori praestando. Ex quibus patet posse ereditorem directo ad factum agere, nec debitorem liberari praestando interesse, et hoc sane juris ratio postulat; etenim ideo comparatae sunt obligationes, ut quod in eas deductum est nobis praestetur; durum certo esset et iniquum, si, praestando interesse, eluderetur providentia creditoris, qui factum poni intendebat: haec probat *L.* 71 *ff. de verb. oblig.*, in qua J. C. dicit *stipulationem faciendi esse individuam*, quod sane non dixisset J. C., si in ea interesse contineretur et non factum, quia interesse consistit in pecunia numerata, quae maxime dividua est; item *L.* 85 § 2 *ff. de verb. oblig.*, ubi J. C ait, *quia operis effectus in partes scindi non potest*.

Obj. quod nemo ad faciendum cogi possit. ℟. Hoc verum est naturaliter, sed eiviliter falsum; potest enim cogi, adhibitis remediis praetoriis et civilibus, puta incarceratione, captis pignoribus etc.: quod si, bis adhibitis, adhuc pertinaciter factum praestare recuset, tunc revera negotium de-

rivabit in condemnationem ad interesse; sed illud interesse non veniet praestandum vi ipsius obligationis, sed ex condemnatione judicis. Idemque servatur in obligationibus dandi; si enim res debita non praestetur, forte ex eo quod debitor eam abscondat, adeo ut manu militari auferri non possit, necessario ed condemnationem ad interesse deveniendum erit.

Obj. *LL.* 72, 68, 112 § 1 *ff. de verb oblig. et* 13 § *ult. ff. de re judic.*, in quibus dicitur *in obligationibus faciendi debitorem teneri ad interesse.* ℟. Leges citatae non dicunt creditorem agere debere ad interesse, sed debitorem teneri ad interesse, quae duo sane differunt; scilicet si creditor agere velit ad interesse, ad illud tenebitur debitor; ut enim diximus, elapso tempore, quo factum poni debuit, in arbitrio acturis est, an ad factum, an ad interesse agat; dicendum igitur J. C. in illis legibus agere de casibus, in quibus creditores ad interesse agebant.

Obj. *L.* 3 *ff. si quis in jus voc. non ierit,* ubi Ulpianus ait: *cum quis in judicio sisti promiserit neque adjecerit poenam, si status non esset, incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit:* in illis verbis videtur J. C. decidere creditorem absolute agere debere ad interesse. ℟. Illa verba *incerti cum eo agendum esse* non important absolutam necessitatem, sed tantum convenientiam, sive quod creditori consultum sit agere ad interesse, uti adhuc saepe in lingua latina similes phrases accipiuntur; et revera hoc consulendum creditori, quatenus equidem, si debitor perfracte nolit factum ponere, non potest res habere alium exitum, quam condemnationem ad interesse: de caetero tamen, si creditor nolit agere ad interesse, debitorem ad ipsum factum convenire poterit.

Obj. § *ult. inst. de verb. obligat.*, in quo dicitur, in stipulationibus faciendi optimum esse poenam subjicere: subjicitur ratio, *ne quontitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quod ejus interest:* contrariae sententiae fautores dicunt imperatorem per verba *quantitas stipulationis* intellexisse interesse, ergo, inquiunt, ipsum interesse continetur in stipulatione faciendi. ℟. Haec rursus intelligenda sunt eodem sensu, quo ante diximus, nimirum quatenus, elapso tempore, quo factum poni potuit, creditor possit agere ad interesse, quod leges benigniter creditori concedunt, quasi hoc ipsum ab initio in stipulatione fuisset comprehensum, unde revera ratione ejus interesse convenit subjicere stipulationem poenalem, quia scilicet interesse plerumque incertum est, et difficilis probationis. Igitur in obligatione faciendi duae obligationes considerandae sunt: prima pura ad factum tendens, altera conditionalis, si factum suo tempore non ponatur, tendens ad interesse.

Ratio autem cur pleraeque leges loquantur de casibus, quibus creditor agit ad interesse, haec est: quod, si absolute debitor factum praestare nolit, necessarium sit actionem ad factum degenerare in actionem ad interesse. Praeterea elapso tempore, saepe non amplius interest creditoris factum poni, et consultius est ut agat ad interesse.

Diximus quod, si ante litem contestatam debitor factum praestet, ad nihil aliud conveniri posit. Ratio hujus est, quod ante litis contestationem necdum intervenerit novatio, adeoque obligatio debitoris manet in suo statu, et consequenter implendo id, quod in eam deductum est, satisfacit; sed lite contestata intervenit novatio, in quam prior obligatio transfunditur; si itaque creditor agat ad interesse, illud praestare tenebitur creditor, nec satisfaciet factum praestando.

Haec ita in obligationibus faciendi; ast in obligationibus non faciendi prorsus aliud est; natura enim rei impedit, ut si contra conventionem factum sit, ad aliud agatur, quam ad interesse, quia quod factum est infectum fieri nequit.

§ IV.

Ex divisione obligationum, de qua § *praeced.*, scilicet in obligationes dandi et faciendi, alia exurgit divisio; nempe, cum facta omnia sint individua, et inter res aliae sint dividuae, aliae individuae, orta est divisio obligationum in *dividuas* et *individuas*: obligatio *dividua* dicitur, quae pro suo objecto habet rem dividuam, ut centum dari; *individua*, in quam res individua deducta est, ut fossam fodiri.

In rebus dividuis possumus considerare aut partes pro diviso aut partes pro indiviso: partes pro diviso sunt, quando toto manente integro seu illaeso, illud in partes corporales et determinatas dividere possumus, ut fundus: pro indiviso autem, quando non possumus intelligere partes pro diviso, nisi cum rei laesione, sic v. g. in homine non possumus intelligere partes pro diviso, quia hoc ipso, quo hominem divideremus, desineret esse homo, sed in illis considerare possumus partes pro indiviso, nihil v. g. impedit quominus unus servus sit duorum dominorum pro indiviso, quatenus scilicet commoda ex illo servo percipienda inter eos dividi possunt.

Ex his intelligi potest partes pro diviso esse certas, determinatas, et corporales: partes autem pro indiviso esse indeterminatas et incorporales, ita ut tantummodo intellectu concipiantur, sed realiter non existant, nisi in ipso toto.

Omnes res, quae habere possunt partes pro diviso, etiam habere possunt partes pro indiviso; itaque fundus, cujus pars pro diviso erit v. g. pars versus orientem, habere potest partes pro indiviso, v. g. si fundus sit duorum, et illum non divi-

serint, habent in eo partes pro indiviso; sed res, quae potest habere partes pro indiviso, non utique habere potest partes pro diviso, ut in servo jam vidimus.

Rerum incorporalium autem, ut sunt jura, nulla est divisio pro diviso, cum haec corporalis sit, non potest enim concipi corpus in re incorporali; sed earum aliae admittunt divisionem pro indiviso, ut sunt jura hereditatis, ususfructus etc., aliae, ut servitus, omnem divisionem respuunt.

His praemissis, videamus quid obtineat quando obligatio habet pro objecto rem dividuam, vel individuam. Promissor vel stipulator moritur, pluribus relictis heredibus: quod attinet res dividuas, nulla est difficultas, hae enim transeunt ad heredes pro partibus hereditariis tam ex parte debitoris, quam creditoris; sed in individuis magno saepe est difficultas, et primo agendum foret de obligatione dandi, quae pro objecto habet rem individuam, ut, si promissa servitute, stipulator vel promissor decedat pluribus relictis heredibus; sed hanc quaestionem ex professo exposui in § *X. comm. praed.*, ad quem remitto lectores.

Obligationes aliquando habent pro objecto rem ex natura sua dividuam, et tamen sunt individuae, quod contingit quoties conditio obligationis efficit, ut intelligantur individuae, et tales sunt obligationes *genericae* et *alternativae*, item obligationes, quibus *poena* subjecta est.

Videamus primo de obligatione *generica* et *alternativa*. et de hac tractat J. C. in *L.* 2 § 1 *ff. de verb. oblig.*, ubi sic ait: *quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas*, quibus verbis hoc vult J. C.: quamvis illae res ex natura sua sint dividuae, conditio tamen obligationis efficit, ut intelligantur individuae, respectu scilicet habito ad scopum et finem stipulatoris, unde subjicit quod, si forte promissor partem Stichi solverit, pro nulla parte liberetur. Prosequitur J. C., et ait idem dicendum esse, si quis alternative promiserit Stichum aut Pamphilum dari: scilicet scopus et finis stipulatoris est consequi integrum hominem, non partes diversorum hominum; jam autem, si promissor partem dimidiam Stichi solvendo liberaretur pro ea parte, fieri posset ut stipulator consequeretur partes diversorum hominum contra scopum et finem suum; etenim in obligatione alternativa aut generica, nisi aliud dictum sit, electio est debitoris, ita quidem, ut possit variare usque ad finalem solutionem (*L.* 106 *ff. de verb. oblig.*); unde parte Stichi soluta, posset postea partem Pamphili solvere.

Ex his intelligi potest *L.* 26 § 13 *ff. de cond. indeb.*, in qua proponitur quod aliquis fuerit stipulatus decem aut Stichum, et promissor quinque solverit: quaerit J. C. an condictio competat: et dicit quaestionem ab eo pendere, an promissor in quinque liberetur, et respondet Celsum scripsisse pro nulla parte obligationem perimi, sive non liberari, dicitque solutionem esse in pendenti, ut, siquidem postea reliqua quinque solvantur, jam intelligatur promissorem fuisse liberatum in quinque a momento factae primae solutionis; si autem postea promissor solvat Stichum, jam ex postfacto apparet pro nulla parte liberationem obtigisse, ideoque quinque soluta quasi indebite repeti posse: ratio hujus est quod, ut diximus, stipulator intenderit habere integra decem aut integrum Stichum.

Obj. quod debitor solvens quinque incoeperit solvere decem, sicque elegerit solutionem decem, qua electione facta, reliqua quinque solvere debet. ℟. In obligatione generica et alternativa electio ita est debitoris ut, quamvis semel elegerit, adhuc possit variare usque ad finalem solutionem (*L.* 106 et 138 § 1 *ff. de verb. oblig.*). Hinc quamvis debitor, solvendo quinque, elegerit solutionem decem, adhuc tamen variare potest et eligere Stichum, donec integra decem sint soluta; cum itaque adhuc variare possit, pro nulla parte potest dici liberatus, ea enim demum solutio debitorem liberat, quae rem solutam plene facit accipientis.

Obj. Si alternative legata sint decem vel Stichus, et legatarius elegisset decem, non posset amplius variare. ℟. Disparitas est quod in casu legati per unicum actum eligendi consumetur electio, idque ideo quia dominium rei legatae a momento electionis factae ipso jure transit in legatarium, ita ut necesse non sit ut heres rem praestet aut tradat, si modo res propria testatoris legata sit; quae ratio cessat in casu nostro.

Obj. Si in casu stipulator acceptotulisset quinque, in istis quinque liberaretur debitor, ita ut in obligatione tantum remanerent quinque, aut dimidia pars Stichi alternative. ℟. Imputet sibi creditor, si incommodum ex illa acceptilatione sentiat, cum scire debuerit per acceptilationem partis pro illa parte debitorem liberari, et adeo recesserit ab obligatione, qua debitor tenebatur integrum Stichum, aut integra decem stipulatoris facere; sed in nostro casu non recessit ab obligatione debitoris, siquidem accipiendo quinque sciverit debitorem posse adhuc variare.

Quid si in illo casu promissor moriatur duobus relictis heredibus, et unus pro sua parte quinque solverit, an continget aliqua liberatio? Donec alter coheres reliqua quinque solvat, liberatus non erit, atque ita, si alter coheres vellet solvere partem Stichi, neutri ex ipsis deliberatio obtingeret; quamvis enim Stichus et decem natura sua sint dividui, et adeo obligatio, utpote descendens a defuncto, videatur divisa inter heredes, ex mente tamen stipulatoris, ut diximus, obligatio est individua; et cum obligatio ex persona heredum im-

mutari non possit, tenebuntur heredes vel integrum Stichum, vel integra decem facere stipulatoris, sicuti ipse defunctus tenebatur.

Alia obligatio, quae pro objecto suo habet rem dividuam, et quae tamen ex mente contrahentium intelligitur individua, est obligatio poenalis, quando scilicet aliquis stipulatus est rem dari et, nisi data esset poenam stipulatus est; sic, stipulatus sum fundum dari certo die, et si eo die praestitus non sit, centum stipulatus sum, tali casu, quamvis promissor partem fundi praestitisset, poena in solidum committetur (*L.* 85 § *pen. ff. de verb. oblig.*). J. C. comparat casum nostrum casui pignoris, et sane; sicuti quamdiu debitum integrum solutum non est, pignus pro nulla parte solvitur, ita etiam, nisi totus praestitus sit fundus, poena in totum committitur: ratio hujus est quod, nisi totus fundus datus sit, existat conditio stipulationis poenalis, conditio enim est, si fundus suo tempore detus non sit: nomine autem fundi venit totus fundus; quamvis itaque pars praestita sit, verum manet fundum non esse praestitum, adeoque existere conditionem stipulationis poenalis.

Quid igitur si in casu promissor mortuus sit duobus relictis heredibus? Quamvis unus suam partem fundi praestiterit, poena in solidum committetur, non tamen sic ut is, qui partem suam non praestitit, in solidum ad poenam teneatur, sed quisque heredum pro sua portione hereditaria, adeoque quisque ad quinquaginta tenebitur: scilicet, obligatio ad praestandum fundum est dividua, sicuti obligatio poenalis ad centum, et ita cum utraquo a defuncto incoeperit, utraque dividetur inter heredes pro portione hereditaria, et ita quisque tantum obligatus est ad dimidium partem fundi, quam praestando liberetur ab obligatione fundum dendi; verum cum ex mente creditoris obligatio ad fundum vel ad centum sit individua, sive intenderit habere totum fundum vel tota centum, eluderetur ejus providentia, si unus heredum satisfaceret solvendo partem fundi, alter partem illorum centum; unde si alter partem suam fundi non praestet, adversus unumquemque pro portione hereditaria committetur stipulatio poenalis: quod si is, qui solvit partem suam fundi, velit evitare praestationem poenae, consulendum ei ut totum praestet fundum, quo facto, indemnitati suae consulere poterit per judicium familiae erciscundae.

Quae huc usque diximus applicanda sunt casui, quo datio fundi in obligationem deducta non foret, sed simpliciter quis ita fuisset stipulatus, *si fundum non dederis, centum dabis*: parte enim fundi tantum praestita, poena in solidum committetur, eo modo, quo superius diximus.

OBJ. *L.* 4 § 1 *ff. de verb. oblig.*, ubi ait J. C.: *at si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, tum eum heredem qui adversus ea fecit pro portione sua solum poenam committere*: proponit itaque J. C. aliquem stipulatum fuisse *amplius non agi*, et promissorem esse mortuum relictis duobus heredibus; et dicit quod, si unus heredum egerit, poena tantum pro ejus parte committatur, insuper supponit J. C. stipulationem esse dividuam; jam autem in nostro casu res in obligationem deducta etiam erat dividua; ergo similiter, si unus heredum partem suam non praestiterit, adversus hunc solum poena debet intelligi commissa. ℟. Disparitas est, quod in lege objecta agatur de obligatione non faciendi, cui poena erat apposita; jam autem, ut § *X. comm. praed.* diximus, in obligationibus faciendi (et tanto magis in obligationibus non faciendi, in quibus ex natura rei, si factum ponatur, absolute agendum est ad interesse, quia quod factum est infectum fieri nequit, ut diximus in fine § *praeced*) ab initio sunt duae obligationes, une ad factum pure, altera ad interesse conditionalis, quae, utpote a defuncto descendentes, debent dividi inter heredes pro partibus hereditariis; unde uno herede contraveniente, tantum pro parte contra eum potuisset agi ad interesse; ergo etiam tantum pro parte adversus eum poena committi debet, cum, ut diximus, poena soleat adjici in locum interesse, ut evitetur scilicet ejus probandi difficultas. Sed nos agimus de obligatione dandi, in qua unica est obligatio ad dationem tendens, et si quandoque etiam in ea deveniendum sit ad aestimationem, hoc equidem non fit vi obligationis, sed ex officio judicis; cum itaque haec non descendat a defuncto, non dividitur inter heredes, et adeo si per unum heredem stet, quominus fundus praestetur, verum erit dicere conditionem stipulationis in totum extitisse, et sic quoque poenam in solidum committi.

Idem respondendum ad *L.* 9 § 1 *ff si quis caut. in jud.*

Sed dicet quis J. C. non se fundare in eo quod poena sit subjecta in locum interesse, sed in eo quod factum in stipulationem deductum sit dividuum; jam autem in nostro casu res etiam est dividua. ℟. Recte J. C. distinguit inter factum dividuum, et individuum, quia si factum foret individuum, poena in solidum committeretur, cum, eo casu ipsum interesse, si poena adjecta non esset, esset individuum. Ast in stipulationibus dandi, quibus poena adjicitur, necesse non est distinguere utrum res sit dividua, necne cum poena tunc non adjiciatur in locum rei vel interesse.

Quid si in casu stipulator moriatur, duobus relictis heredibus, et uni ex ipsis pars fundi praestita sit, an stipulatio poenalis in solidum committetur, etiam respectu illius, qui partem fundi accepit? Idem quaeri potest in obligationibus non faciendi: v. g. stipulatus sum a domino praedii servientis, neque per ipsum, neque per heredem ejus fieri, quominus mihi ire agere liceat; mortuus sum duobus relictis heredibus, unus prohibetur, quo-

minus est, agat, alter non prohibetur; vel etiam stipulatus sum amplius non agi: contra unum heredem, non autem contra alterum actum fuit? Hanc quaestionem decidit J. C. in *L.* 2 § *ult. ff. de verb. oblig.*, et ait tantum eum solum, cui pars fundi praestita non est, vel qui prohibitus fuit, aut contra quem fuit actum pro portione sua, ad poenam agere posse cum effectu; alterum quidem summo jure poenam petere posse, sed doli mali exceptione repellendum, quatenus ejus nullatenus intersit, ut dixi § *X. comm. praed.*

Jam videamus de obligationibus faciendi, quibus poena fuit adjecta, et hae vel consistunt in faciendo, vel in non faciendo. Si obligatio in faciendo consistat, et promissor aut stipulator moriatur, pluribus relictis heredibus, si factum praestitum non sit in forma praescripta, poena in solidum committetur, non tamen sic ut quisquo heredum promissoris ad solidam poenam teneatur, nec ot quisque heredum stipulatoris poenam in solidum petere possit, sed quisquo tantum pro sua portione hereditaria conveniri vel convenire poterit; undo, si unus heredum promissoris pro sua parte factum posuerit, nihilominus et ipse pro sua parte conveniri poterit, quia, ut stipulatio poenalis committatur, sufficit integrum factum praestitum non esse, verum tantum pro parte cujusque agendum erit, quia, cum obligatio poenalis sit dividua, utpote consistens in pecunia numerata, et incoeperit a defuncto, divisa fuit inter heredes pro portione hereditaria.

Si vero obligatio consistat in non faciendo, ut in *L.* 4 § 1 *ff. de verb. oblig.*, distinguendum est an factum, vel potius omissio facti sit dividua, an vero individua. Si quidem sit dividua, et tantum pro parte contra factum sit, etiam tantum pro parte poena committetur; v. g. petebam a te fundum in judicio et transegimus: transactioni stipulatio poenalis subjecta fuit, si tali casu promissor moriatur duobus relictis heredibus, et unus heredum egerit pro sua portione hereditaria, poena non in solidum, sed tantum pro parte illius, qui egit, committetur; ratio est quod, cum hoc negotium dividuum transierit ad heredes pro portionibus hereditariis, unus eorum agendo tantum pro parte huic obligationi contraveniat, adeoque tantum pro parte poena debet committi, quia si poena non fuisset adjecta, tantum pro parte contra ipsum ad interesse agi posset; unde cum in obligationibus faciendi poena intelligatur subjecta loco interesse, tantum pro ejus parte poena debet committi.

Quod si in eodem casu stipulator mortuus esset, duobus relictis heredibus, et contra unum tantum heredem illius fundi nomine actum fuisset, huic soli poena committetur cum effectu, quia alterius, contra quem non fuit actum, non interest; unde, quamvis stricto jure poena in solidum committatur, quatenus existat conditio stipulationis poenalis, cum tamen poena intelligatur subjecta in locum interesse, hujus autem, contra quem actum non fuit, non intersit, si ageret, doli mali exceptione repelleretur.

Si jam factum vel potius omissio facti sit individua, v. g. ut ire, agere mihi liceat, et promissor moriatur duobus relictis heredibus, et unus tantum heredum me ire volentem prohibuerit, nihilominus in solidum poena committetur, contra unumquemque tamen tantum pro portione hereditaria, quia ut J. C. reflectit in *d. L.* 4 sive ab uno prohibear, sive a pluribus, aeque impedior uti servitute itineris, sicquo mea iu solidum interest etiam ab uno non prohiberi; cum itaque stipulatio poenalis intelligatur subjecta in locum interesse, etiam poena in solidum debet committi, non tamen contra unumquemque in solidum, cum obligatio poenalis sit dividua, et incoeperit a defuncto. Plane, si alter, qui non prohibuit, pro sua parte poenam praestare coactus fuerit, id, quod praestiterit, judicio familiae erciscundae a coherede suo recuperare poterit.

Si autem hoc casu stipulator moriatur, duobus relictis heredibus, et unus tantum fuerit prohibitus ire, agere, ipso jure quidem in solidum poena committetur; sed tamen si alter, qui prohibitus non est, ad poenam egerit, repelletur exceptione doli mali, quia ejus non interest.

Jam videamus de obligationibus faciendi, quibus nulla poena adjecta est. Illae iterum consistunt in faciendo, vel in non faciendo; si consistant in non faciendo, tunc, vel sunt dividuae, vel individuae; si sunt dividuae, v. g. aliquis promiserit amplius non agere ratione rei dividuae, et tunc dividuntur inter heredes pro portione hereditaria, et si unus heres, alter non, contra fecerit, ille solus, qui contra fecit, ad interesse teneb itur pro sua portione hereditaria. Si vero individuae sint, inter heredes dividi non poterunt, sed ad quemlibet heredum in solidum transibunt; ut ita si quis promiserit nec per se, nec per heredes fieri, quominus utatur servitute, et unus heredum stipulatorem ire prohibuerit, alter non prohibuerit, stipulator solidum interesse petere poterit, non tamen ab uno solidum interesse petere poterit, sed ab unoquoque pro portione hereditaria; quamvis enim obligatio non faciendi sit individua, attamen obligatio ad interesse, utpote consistens in pecunia numerata, est dividua, et ideo, cum a defuncto incoeperit, inter heredes dividitur pro portione hereditaria.

Tandem si obligatio consistat in faciendo, semper est individua (*L.* 72 *ff. de verb. oblig.*), adeoque in quemlibet heredum transit in solidum etc.

Hic recordari convenit hujus quaestionis, quo sensu traditio dicatur dividua, et quo sensu dicatur individua, de qua egimus § IV. *de reivind.*, utile quoque erit reminisci eorum, quae diximus

§ XII. *commod. vel contra*, de obligatione plurium depositariorum vel commodatariorum.

§ V.

Saepe contingit, ut ejusdem rei vel facti nomine plures competant actiones, unde quaeri solet an una intentata, altera adhuc agi possit. Et in hac quaestione generaliter dicendum, pluribus actionibus agi posse, et unam intentatam non perimere aliam, nisi in his casibus, in quibus his idem et ab eodem peteretur, ut si furto commisso egerim condictione furtiva, non potero amplius agere rei vindicatione, quin illae duae actiones ad idem tendunt. Plane si diversis personis ejusdem rei vel facti nomine plures competant actiones, non dubium, quin quisque actionem sibi competentem intentare possit juxta *L.* 1 § *ult. ff. de injur.*, in qua proponitur, quod uxori meae filiaefamilias injuria facta sit: dicit J. C. tribus competere actionem injuriarum, scilicet uxori, marito, et patri; quia scilicet omnibus injuria facta est, et quisque eorum proprio nomine agit.

Ita quoque, si uni personae ejusdem rei vel facti nomine plures competant actiones, ex diversis tamen causis proficiscentes, omnibus agi poterit, nisi quatenus continent rei persecutionem (*L.* 2 *princ.* et § 1 *ff. de priv. delict.*): in *cit. L.* dicitur quod si quis hominem subripuerit, et postea occiderit, competat domino et legis Aquiliae et furti actio, quia scilicet utrumquo delictum poena competeoti est afficiendum, nec debet unum delictum cum alio concurrens alterius praestare impunitatem.

Similiter si ejusdem rei vel facti nomine competant plures actiones ex eodem facto proficiscentes, quod tamen plura delicta continet, omnibus agi poterit (*L.* 15 § 46 *ff. de injur.*): proponit ibidem J. C. aliquem verberasse servum meum in mei contumeliam, et dicit competere mihi actionem legis Aquiliae et injuriarum, nec una intentata aliam perimi; et ut dicit J. C. in *L.* 2 *ff. de priv. delict. nunquam plura delicta concurrentia faciunt ut ullius impunitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.*

Nec obstant *LL.* 34 et 53 *ff. h. t.*, in quibus contrarium asseri videtur; nam hic apparet fuisse dissensum inter jurisconsultos, et in illa antinomia praeferenda est sententia Ulpiani in *L.* 15 § 46 *ff. de injur.*, utpote juris principiis conformior, tanto magis quod super hac quaestione inter veteres jurisconsultos dubitatum fuerit, ut satis insinuat Hermogenianus in *L.* 32 *ff. h. t.*

Si uni personae ejusdem rei vel facti nomine plures actiones competant, et omnes ex eadem causa proficiscantur, tunc demum una intentata, altera agi poterit, si in posteriori aliquid plus contineatur quam in prima, ita ut illud tantum quod plus est in posteriori peti possit, alias bis idem peteretur ab eodem, quod fieri non posse diximus; unde si plures competant actiones, quarum utraque sit rei persecutoria, una intentata, altera amplius agi non poterit (*L.* 34 § 1 *ff. h. t.*). In *L. cit.* proponit J. C. rem per commodatarium subreptam: dicit competere commodati actionem, et condictionem furtivam, sed quod si una actum fuerit, altera perimatur aut ipso jure, aut ope exceptionis, et sane; cum enim utraque haec actio sit rei persecutoria, si altera ageretur, bis idem ab eodem peteretur: quod si actio poenalis mixta concurrat cum rei persecutoria, tunc, si prior fuerit intentata, altera amplius agi non poterit: econtra, si posteriori actum fuerit, adhuc priori agi poterit, sic tamen, ut non amplius res ipsa petatur, sed tantum poena; v. g. si res mihi vi ablata sit, possum eam vindicare, et simul agere actione de vi bonorum raptorum; si tamen rem vindicavero, non potero amplius quadruplum petere per actionem vi bonorum raptorum, sed tantum triplum, quia haec actio non est pure poenalis, sed mixta, ita ut ipsa res quadruplo insit; ne itaque his idem petam, tantum triplum petere potero. Ita quoque obtinet in actione legis Aquiliae concurrente cum alia rei persecutoria: v. g. rei commodatae per commodatarium dolo vel culpa damnum datum est: harum prior est rei persecutoria, posterior est poenalis mixta; si itaque priori fuerit actum, adhuc posterior intentari poterit, si intra annum vel mensem retro res pluris valuerit, quam nunc valet, secus vero, si posteriori prius actum fuerit (*L.* 7 § 1 *ff. commod.* et *L.* 2 § 3 *ff. de priv. delict.*). Sunt tamen textus, in quibus dicitur, una intentata, altera amplius agi non posse, ita ut si actione commodati, aut altera rei mere persecutoria actum fuerit, amplius agi nequeat actione legis Aquiliae; sed hi ita intelligendi sunt, quod non possit amplius peti vera rei aestimatio per actionem legis Aquiliae, quamvis tamen id, quod pluris in ea est, adhuc peti possit, juxta textus jam citatos.

Si actio pure poenalis concurrat cum rei persecutoria, secundum ante dicta altera alteram non perimet; hinc si res furto ablata sit, et per actionem furti duplum vel quadruplum praestitum sit, adhuc condictione furtiva contra furem, quinimo si fur rem furtivam possideat in arbitrio actoris erit, mota jam actione furti adversus eum agere reivindicatione aut condictione furtiva.

Si actio mere poenalis cum alia aeque poenali concurrat, una consumit alteram; sed crederem eum Voëtio (*n.* 20 *h. t.*) similem casum non dari; si pure poenalis concurrat cum poenali mixta, tunc, si priori fuerit actum, adhuc posteriori agi poterit ad rei persecutionem; si concurrant plures poenales mixtae, altera alteram ita demum perimit, si in ea, qua necdum actum fuit non plus sit: exemplum habes in concursu legis Aquiliae et arborum furtim caesarum, si arbores furtim seu clam caesae sint.

ed by Google

PARS SEPTIMA

LIBER QUADRAGESIMUS QUINTUS

—

TITULUS I.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

§ I.

Cum ob causas non levis momenti placuisset Romanis ex pactis nudis non dare actionem, adinventae sunt stipulationes, quae non perficiebantur nisi verbis solemnibus, congrua scilicet subsecuta responsione ad praecedentem interrogationem;

Digitized by Google

his enim intervenientibus, non videbatur dubitandum de soria mente contrahentium obligari volentium. Hinc J. C. in *L.* 5 § 1 *ff. h. t.* definit stipulationem verborum conceptionem, quibus qui interrogatur daturum facturumve se congrue respondet; itaque ad stipulationem debebat absolute praecedere interrogatio, et subsequi responsio; his enim non intervenientibus, obligatio civilis non contrahebatur; unde J. C. in *L.* 1 § 2 *ff. h. t.* ait: quod si sine verbis adnuisset, non tantum civiliter, sed nec naturaliter obligetur qui ita adnuit; ex quo infert quod nequidem fidejussor pro eo datus obligetur. Sane non contrahitur obligatio civilis, cum ad stipulationem utrimque verba, et quidem solemnia intervenire debeant; sed neque etiam contrahitur obligatio naturalis, quasi pactum nudum foret initum, quia mens stipulatoris non fuit promissorem obligare ex pacto nudo, sed ex stipulatione Sed nec sufficiebat subsequi responsionem: debebat insuper ista responsio esse congrua interrogationi, id est debebat idem responderi, non immutata qualitate ipsius interrogationis; unde si forte promissor pure interrogatus respondisset sub conditione, vel diem inseruisset responsioni, stipulatio non consistebat, nisi stipulatori diversitas responsionis sine intervallo illico placuisset, tunc enim alia stipulatio contracta videbatur, ut J. C. ait in *L.* 1 § 3 *ff. h. t.* Idem dicendum, si promissor sub conditione, vel die adjecto interrogatus detraxisset conditionem vel diem, alias etiam si simpliciter respondisset, sub conditione vel in eumdem diem promisisse intelligebatur.

§ II.

Hinc jam quaeritur, quod si promissor interrogatus an esset daturus viginti, responderit se daturum decem, vel viceversa, an ex tali stipulatione obligetur? Et imprimis certum est eum non obligari in viginti, tum quia in eo non congruit responsio, tum quia in istam summam utrimque consensum non est; sed controvertitur an saltem non valeat stipulatio in decem, in eam enim summam utrimque consensum est? Et verius est nequidem in decem inductam esse obligationem civilem: probatur ex § 5 *inst. de inutil. stipul.*, in quo imperator sic ait: *praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus fuerit non respondeat, veluti si quis decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra*: jam autem si in decem consisteret stipulatio, non esset verum dicere eam esse inutilem, esset enim utilis in decem. Et sane eam fuisse mentem imperatoris ex eo patet, quod has duas stipulationes simul jungat, quando scilicet promissor interrogatus de majori summa, de minori spondet, et quando interrogatus pure, spondet sub conditione vel in diem; jam autem apud omnes in confesso est, quod si promissor interrogatus pure, spondeat sub conditione vel in diem, nullo modo obligetur, uti etiam probat *L.* 1 § 3 *ff. h. t.*; itaque nec etiam altero casu imperator sensit eum ullatenus obligari. Idem probat Gajus (*lib. II. Inst. tit. de oblig.* § 11): postquam incoepisset referre stipulationes inutiles, sic ait: *vel si creditor decem solidos debitorem interroget, et debitor quinque promittat, hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur:* non potuisset sane clarius sententiam nostram exprimere. Ratio ejus est, quod stipulatio apud Romanos esset actus solemnis, qui non perficiebatur nisi verbis solemnibus, ita ut responsio deberet perfecte congruere cum interrogatione; jam antem ea est natura actuum solemnium, ut non possint pro parte subsistere, et pro parte non subsistere.

Non obstat quod, si quis interrogatus de viginti, quae jam ante deberet ex pacto nudo, constituat se daturum decem, constitutum subsistat in decem, etenim constitutum non est actus solemnis, ut stipulatio; et ita cum utrimque sit consensum in decem, siquidem antea deberentur viginti, constitutum in decem subsistere debet.

Obj. *L.* 1 § 4 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat.* ℟. Ad hanc legem dicendum J. C. intellexisse, quod diversitas responsionis illico stipulatori placuisset, id enim in fine praecedentis § monuerat in altero casu, quo interrogatus pure promissor respondit sub conditione; et ita credendum est quod in § 4 in eodem supposito prosecutus fuerit, idque tanto magis quod in § 5 loquatur per oppositionem, quae nulla foret, si J. C. sic intelligamus in § 4, ut omni casu stipulatio subsistat in decem.

Obj. quod majori summae minor insit, et ita interrogatio viginti perinde considerari debet, quasi stipulatus essem bis decem, et alter respondisset semel, qualis stipulatio valet (*argum. L.* 83 § 2 *ff. h. t.*). ℟. quod in casu nostro sit unica stipulatio, alioquin etiam recte quis dicet tot esse stipulationes, quot sunt nummi, qui in dicta summa continentur, quod tamen dicere foret absurdum. Sed in casu objecto, uti et in *L.* 83, sunt duae stipulationes diversae ac distinctae, ad quarum unam cum recte responsum sit, ea consistere debet. At cum in casu nostro sit unica stipulatio, quae, ut vidimus, non potest pro parte valere, et pro parte non valere, dicendum totam stipulationem esse inutilem.

Obj. quod utile non debeat vitiari per inutile; atqui si interrogatio de decem facta fuisset, valeret; ergo ubi facta est in viginti, debet saltem valere in decem. ℟. quod haec regula juris tantum

Digitized by Google

habeat locum, quando agitur de diversis negotiis, quae inter se quamdam relationem habent, sed tamen inter se sunt distincta, tunc sane non debet unum per aliud vitiari, cum unum sine altero subsistere possit. Sed in casu nostro non agitur de diversis negotiis aut stipulationibus, sed de unica stipulatione; et ita regula haec non potest applicari.

Obj. *L.* 83 § 3 *ff. h. t.*, in qua dicitur quod, si quis sit stipulatus viginti aut decem, et promissor responderit decem, stipulatio in decem consistat; ergo etiam quando stipulator interrogavit viginti, et alter respondit decem, stipulatio in decem consistere debet. ℟. quod quando quis disjunctive interrogat decem aut viginti, perinde considerari debet quasi interrogasset decem sola, ut probatur ex *L.* 12 *ff. h. t.*; idem dici non potest quando simpliciter viginti interrogavit, cum tunc non expresserit decem, sed viginti.

§ III.

Stipulationes primo dividuntur in ***judiciales***, ***praetorias***, et ***conventionales*** (*L.* 5 *ff. h. t.*). Stipulationes ***judiciales*** sunt, quas judex ex officio injungere potest. *Praetoriae* sunt, quae ex jurisdictione praetoria praestare jubentur, qualis est cautio de damno infecto. *Conventionales* sunt, quas ipsi contrahentes spontanee et non coacti ineunt, ipsaeque possunt esse infinitae pro diversitate negotiorum, quibus applicantur. Illud notandum pro stipulationibus praetoriis, quod J. C. monet in *L.* 52 *ff. h. t.*, quod scilicet stipulationes praetoriae interpretationem recipiant ex mente praetoris, ubi conventionales ex mente contrahentium, cujus rei effectus satis notabiles proponuntur in *L.* 1 § 13 et *in L.* 17 *ff. ut legat. seu fideic. conserv. caus. cav.* Stipulationes adhuc dividuntur in ***dividuas*** et ***individuas***, sed hanc divisionem explicavimus sub ***tit. de oblig. et act.***

§ IV.

Stipulari possunt omnes, qui possunt fari et audire, modo intelligant quid agant; et hinc neque mutus, neque surdus, neque infans, aut absens stipulationem contrahere potest: plane pupillus, si modo fari possit, stipulationem contrahere potest, et quidem sine tutoris auctoritate, et ex sibi stipulatu acquirere, non tamen ex stipulatu se obligare potest; pupillus enim conditionem suam facere potest meliorem sine tutoris sui auctoritate, non vero deteriorem.

§ V.

Potest autem quisque tantum sibi stipulari, ita ut nulla actio alteri acquiratur, si quis alteri stipulatus fuerit, nisi forte stipulatoris interesset suam stipulationem alteri prodesse. Hoc etiam monet J. C. in *L.* 38 § 17 *ff. h. t.*, dum dicit ***alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipulatur:*** rationem subjicit: inventae sunt enim ejusmodi obligationes, ut unusquisque sibi acquirat quod ejus interest, caeterum ut alii detur, nihil mea interest; scilicet noluerunt Romani, ut quis se temere immisceret negotiis alienis, nisi aliqua ratione ejus interesset, quia tunc non tam alienum, quam proprium negotium gerere intelligitur; et hoc non tantum locum habet in stipulatione, sed etiam in quacumque conventione et pacto, ut scilicet nullus alteri possit paciscì ne et pacto, ut scilicet nullus alteri possit pacisci cum hoc effectu, ut alteri actio acquiratur ex illo pacto.

§ VI.

Sed aliqui hic limitationem faciunt, si quis scilicet pactus sit personae conjunctae, ut tali casu, quamvis actio directa non competat ex isto pacto, utilis tamen detur. Sed verius est quod, praeterquam si filius in potestate existens patri stipuletur, aut viceversa, nullus ex pacto alterius liberae personae possit acquirere actionem aut directam, aut utilem, idque satis aperto probat *L.* 26 *cod. de jur. dot.*, in qua imperatores sic loquuntur: ***si genero dotem dando pro filia, pater communis eam reddi tibi extraneo constituto*** (id est emancipato) ***stipulatus est, nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure quaerere potuit actionem:*** ridiculum sane foret dicere imperatores hic tantum denegare directam, non etiam utilem, cum hic non consulerentur, an directa vel utilis competeret, sed an aliqua competeret, etenim interrogabantur de effectu et exitu hujus rei: in effectu autem nil interest an aliquis habeat actionem utilem, an vero directam; et sane eadem ratio, quae impedit, quominus quis per alterum acquirat actionem directam, obstat quominus quis per alterum acquirat utilem. Itaque, quamvis quis stipuletur personae vel maxime conjunctae, puta pater filio emancipato, aut viceversa, regulariter nequidem utilis actio dabitur; hinc etiam si depositarius vel commodatarius in deponendo vel commodando pacti sint ut res alteri restituatur, huic nulla actio dabitur neque directa, neque utilis, ut eam rem repetat.

Obstat tamen *L. penult. cod ad exhib.*, in qua dicitur, quod si quis res meas commodaverit aut deposuerit, et in deponendo pactus sit cum depositario, ut eas mihi redderet, tunc quidem stricto jure ex tali pacto mihi nulla actio competat, sed tamen utilis ex aequitate detur depositi actio. ℟. Hoc in casu illius legis specialiter receptum fuit, ideo quia illud pactum erat interpositum circa restitutionem rei meae; unde illud non erit extendendum ad alios casus, atque adeo nec ad casum, quo quis

deponeret rem propriam sub pacto ut alteri reddatur; ea enim, quae contra juris regulas recepta sunt, non possunt extendi ad consequentias, si sit disparitas, quae hic adest: scilicet quando quis rem meam deponit, et paciscitur ut mihi reddatur, videtur quodammodo functus munere procuratoris; jam autem ex pacto procuratoris ipsi mandanti facilius actio, saltem utilis, acquiritur, quam ex pacto cujusvis alterius, idque tanto facilius in casu legis objectae recipi poterat, quod dominus suo nomine actionem haberet, scilicet reivindicationem, qua ipsum deponentem convenire potuisset ad restitutionem suae rei: hae autem rationes cessant, quando quis rem suam deposuit sub pacto, ut alteri reddatur.

Magis obstat *L.* 26 *ff. depos.*, in qua Publia Maevia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clausam cum veste et instrumentis deposuerat apud Gaïam Seïam, et dixerat ei: *cum salva sanave venero restitues mihi, sed si mihi humanum aliquid contigerit, filio meo quem ex alio marito suscepi*: defuncta ea intestata, quaerebatur cui *res depositae restituendae forent, an filio, an vero marito*: Paulus respondit, *filio*. Haec ita, dicunt, propter pactum initum inter Publiam Maeviam et Gaïam Seïam, quo gravata erat, ut si sibi aliquid humanitus contigisset, filio redderetur; ex quo inferunt ex pacto alterius posse alteri personae conjunctae actionem acquiri; ast in lege objecta non ex pacto matris actio filio acquiritur, sed ex causa fideicommissi, quo mater discedens Gaïam Seïam gravaverat in favorem filii sui; unde ea mortua, filius ex causa fideicommissi eam arcam recte petebat.

Nec obstat quod illa lex sit posita sub titulo *depositi*, in quo non quaeritur, an res aliqua restituenda veniat ex causa fideicommissi, sed an restituenda veniat ex causa depositi; nam ad hoc dicimus, quod illa lex sit fugitiva, id est, posita sub titulo non suo, quod non est infrequens in jure nostro.

Magis obstat quod in casu non videantur esse termini habiles ad fideicommissum, quatenus ut aliquis gravari possit fideicommisso requiratur, ut a testatore sit honoratus, sive ut aliquid a testatore acceperit; in casu autem Gaïa Seïa, quae gravata foret hoc fideicommisso, nihil acceperit a Publia Maevia, si enim aliquid accepisset, debuisset fuisse res deposita; eam autem non potest intelligi accepisse, cum nullo casu posset eam retinere, sed alteri restituere deberet. R/. Fatemur quod stricto jore non essent termini habiles ad fideicommissum ex ratione dicta, sed illud inductum fuit rescripto divi Pii, quod refertur in *L.* 77 *ff. de legat.* 1, in qua J. C. sic loquitur: *si pecunia fuit deposita apud aliquem ejusque fidei commissum ut eam pecuniam praestet, ex rescripto divi Pii debebitur, quasi videatur heres rogatus remittere id debitori, nam si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest*; itaque juxta hanc legem id admissum fuit ex rescripto divi Pii, hac interpretatione inducta, quod tali casu heres testatoris actionem depositi, quam haberet contra depositarium, intelligatur rogatus remittere; ex quo infert Ulpianus, quod depositarius ab herede conventus possit eum repellere exceptione doli mali, et ita in effectu res deposita potest videri ad eum pervenisse, et ideo ratione ejusdem jam gravari poterit fideicommisso.

§ VII.

Vidimus ergo quod alteri liberae et extraneae personae ex pacto nostro nulla actio possit acquiri. Quid igitur si quis sibi et Titio decem stipulatus fuisset? Et imprimis J. C., in *L.* 56 *ff. h. t.*, monet non cuique dena, sed una decem ex tali stipulatione deberi; unde imperator, in § 4 *inst. de inutil. stipul.*, recte statuit, mihi sola quina ex tali stipulatione deberi; cum enim utrique una decem stipulatus sim, id videor stipulatus ut mihi quinque et Titio quinque dentur, sed Titio ex stipulatione mea nulla actio acquiri potest, restat igitur ut mihi soli quinque ex illa stipulatione debeantur. Plane sic stipulari possum: *mihi vel Titio decem dabis*, non quidem cum hoc effectu, ut ex ista stipulatione Titio aliqua actio acquiratur, soli enim mihi actio dabitur ad petenda decem, sed cum hoc effectu, ut debitor solvendo decem ipsi Titio liberetur; et hoc quidem J. C., in *L.* 56 § 2 *ff. h. t.*, etiam procedere ait, si pater sibi aut filio dari stipulatus sit, nam, quamvis pater filio stipulari possit, nihilominus tamen filius intelligitur adjectus solutionis causa, ita ut tota obligatio patri acquiratur.

§ VIII.

Hac occasione tractabimus totam materiam adjectionum. *Adjectus solutionis causa* dicitur, quando quis sibi vel alteri, cui stipulari potest, vel non potest, alternative stipulatur, v. g. *mihi vel Titio decem dabis*, vel *filio meo et Titio decem dabis*, quo casu omnis obligatio radicatur in persona stipulatoris et promissoris, et Titio nulla actio vel obligatio acquiritur, jure prohibente: ne tamen is videatur inutiliter adjectus, solutionis causa adjectus intelligitur cum hoc effectu, ut debitor ei solvendo liberetur, et quidem parum interest an stipulator suam personam prius nominaverit, an vero prius nominaverit personam adjecti.

§ IX.

De eo dubitari potest, an in persona adjecti alia res exprimi potest, quam in persona stipulatoris,

v.g. si quis stipuletur *sibi dari equum, vel Titio decem?* Et quidem stricto jure id fieri non poterat; adjectio enim est accessio obligationis principalis, quae constituitur in persona stipulatoris, unde in persona adjecti alia res exprimi non poterat, quam in persona stipulatoris, eodem modo sicuti fidejussor non potest aliud promittere, quam debitor principalis debet, idque ex eadem ratione; sed tamen, si promissor decem Titio dederit, postea conventus a stipulatore eum repellet exceptione doli mali, ut J. C. docet in *L.* 141 § 5 *ff. de verb. oblig.*, scilicet talis hic interpretatio admittitur, quasi stipulator equum sibi dari stipulatus foret sub conditione *si Titio decem dato non forent;* et hinc jam intelligi possunt *L.* 74 § 2 *ff. de solut.*, et *L.* 44 § 4 *ff. de oblig. et act.*

§ X.

Effectus adjectionis est quod debitor, antequam lis sit contestata a stipulatore, possit solvere cui voluerit, ita ut usque ad finalem solutionem possit variare, in tantum quidem ut, si quis sibi vel Titio decem dari stipulatus sit, si promissor stipulatori volenti quinque essolverit, adhuc possit reliqua quinque dando Titio liberari; ut enim saepius dictum est, promissor variare potest usque ad finalem solutionem (vide *L.* 71 *ff. de solut.*). Aliud dicendum, si litis contestatio jam facta sit; hoc ipso enim promissor jus eligendi amittit, et stipulatori, qui litem contestatus est, absolute solvere cogitur; nam in litis contestatione contingit quaedam novatio, quae vocari solet necessaria, ex qua fit ut reus litem contestando intelligatur promittere se soluturum id, quod a se fuit petitum in judicio, si postea per sententiam judicis condemnetur.

Sed an adjectus solutionis causa retinebit illud, quod sibi solutum fuerit, et suum faciet irrevocabiliter? ℟. negative, nisi per stipulatorem donationis causa foret adjectus: extra hunc casum stipulator per actionem utilem mandati id, quod adjecto solutum est, repetere poterit, ut probat *L.* 131 § 1 *ff. h. t.* Ibi J. C. etiam monet, quod, re in stipulatum deducta ipsi adjecto soluta, ipse stipulator possit petere, ut sibi caveatur evictionis nomine, quatenus, cum ipse habeat actionem mandati contra adjectum, ejus intersit rem ab adjecto non evinci; ideo autem stipulator habet actionem mandati, quia cum non appareat ratio cur voluisset rem ex stipulatu sibi debitam existere penes adjectum, is tacite intelligitur ipsi mandasse, ut suo nomine rem ex stipulatu debitam reciperet.

Itaque adjectus solutionis causa nullam actionem aut obligationem acquirit, sed acquiritur soli stipulatori; unde adjectus solutionis causa nec petere, nec novare, nec acceptum ferre potest tale debitum, haec enim tantum permittuntur ei, cui obligatio quaesita fuit (*L.* 10 *ff. de solut.*); quinimo nec adjectus solutionis causa fidejussorem accipere potest (*L.* 23 *ff. de fidejuss.*); neque tale debitum constituero, ut in *L.* 7 § 2 *de constit. pecun.*, ubi ratio additur, *quia non habet petitionem, tametsi solvi ei possit*, scilicet fidejussio uti et constitutum requirunt obligationem praeexistentem cui accedat; jam autem ipsi adjecto nulla actio aut obligatio quaesita fuit; ergo nec ei potest dari fidejussor, aut debitum constitui.

§ XI.

Quid itaque si quis stipulatus esset sibi, vel pupillo dari, an promissor solvendo pupillo sine tutoris auctoritate accipienti liberabitur? Hanc quaestionem examinat J. C. in *L.* 95 § 7 *ff. de solut.*, et dicit tutori esse solvendum, *si conditionis quoque implendae causa, recte pecunia tutori datur;* hoc est, si aliquis stipuletur fundum sub conditione *si pupillo decem dederit*, vel etiam alicui relinquatur legatum sub conditione *si pupillo decem dederit*, quandonam legatarius vel stipulator videatur implevisse conditionem, an scilicet requiratur ut pupillo det cum tutoris auctoritate, vel ipsi tutori pecuniam solvat, an vero defungatur ipsi pupillo pecuniam essolvendo. Et respondet J. C. distinguendum esse qua mente conditio sit apposita, an scilicet contrahentes, vel testator respexerint ad nudum factum solutionis, an vero respexerint ad effectum solvendi, ut siquidem respexerint ad nudum factum solvendi, sufficiat ipsi pupillo solvi, etiam sine tutoris auctoritate, nec alteri quam pupillo solvi possit; si vero respexerint ad effectum solutionis, tunc debet solvi ipsi pupillo cum tutoris auctoritate, aut saltem tutori, alias non videbitur implevisse conditionem: scilicet in conditionibus semper praecipue attendenda est mens et voluntas contrahentium, ita ut potius pro conditione sit habendum quod ipsi voluerunt, quam quod verbis expresserunt; igitur in casu, quo pupillus adjectus fuit solutionis causa, pariter erit distinguendum, an stipulator eum adjiciens solutionis causa respexerit ad nudum factum solutionis, an vero ad effectum ejusdem, ut priori casu possit pupillo solvi sine tutoris auctoritate, posteriori non item.

§ XII.

Quid si adjectus solutionis causa sit mortuus, an heredi ejus solvi poterit cum hoc effectu, ut debitor liberetur? ℟. negative, uti deciditur in *L.* 55 *ff. h. t.*, et *L.* 81 *ff. de solut.*; et in eo convenit adjectio cum mandato, quod sicuti finitur morte mandatarii, sic etiam potestas solvendi finitur morte adjecti, et profecto ubique eadem est ratio; mandatum enim ideo finitur morte mandatarii, quia mandans respicit ad industriam et dili-

gentiam mandatarii, quae cum sint mere personales, ad heredem mandatarii mandatum non transit, sic etiam is, qui alterum adjicit solutionis causa, respicit ad facilitatem, qua id quod solutum fuerit, adjecto ab eodem recuperare poterit; jam autem saepe contingere potest, ut multo difficilius id, quod solutum erit, recuperari possit ab herede ipsius adjecti, quam ab ipso adjecto; ex quo patet exceptionem esse, si donationis causa adjectio facta sit. In eo tamen differt adjectio a mandato, quod, quamvis mandatum morte mandantis finiatur, adjectio tamen non finiatur morte stipulatoris.

§ XIII.

Quid si adjectus solutionis causa capite minuatur, an ipsi jam capite minuto adhuc solvi poterit cum hoc effectu, ut debitor liberetur? Et distinguendum, utrum capitis diminutio in melius contingat, an vero in deterius; et siquidem capitis diminutio in melius contigerit, v. g. si de servo factus sit liber, vel de filio factus sit paterfamilias, ei solvi poterit; si vero statum mutaverit in deterius, v. g. de patre factus sit filiusfamilias, vel de libero factus sit servus, ei solvi non poterit (*L.* 38 *ff. de solut.*). Ratio ejus differentiae est, quod is, qui alterum solutionis causa adjicit, respiciat ad facilitatem, qua id, quod alteri solutum fuerit, ab eodem possit recuperare; jam autem ea facilitas immutatur, quoties status mutatur in deterius, itaque contra mentem stipulatoris ei solveretur, tanto magis quod, interveniente capitis diminutione, videatur esse alia persona. Ex quo iterum patet aliud esse dicendum, si donationis causa foret adjectus; tunc enim, cum stipulator ad eam facilitatem non respexerit, utpote qui solutum repetere non posset, promissor adjecto solvendo semper liberabitur: ubi autem capitis diminutio in melius contingit, cum ea facilitas non minuatur, sed potius augeatur, promissor adjecto adhuc solvere potest.

Nec obstat quod J. C. (in *cit. L.* 33) non distinguat, an contigerit status mutatio in melius, an in deterius; nam J. C. esse accipiendum de mutatione status in deterius satis patet ex exemplis ibidem subjectis, quae omnia talia sunt, ut contingat status mutatio in deterius; et revera quando status mutatur in melius, proprie non est mutatio respectu stipulatoris, relatione habita ad scopum et finem ipsius, cum jam aeque facile adjecto solutum ab eodem recuperare possit.

Nec obstat quod, si quis debitori suo mandasset, ut filio suo solveret vel servo, et filius emancipetur aut servus fiat liber, debitor emancipato aut libero jam facto solvendo non liberetur, si modo sciverit eum jam esse emancipatum aut liberum factum. Nam disparitas est quod adjectio utriusque voluntate fiat, et in gratiam utriusque, atque adeo potestas solvendi, quae semel ex stipulatione competere coepit, non debet auferri promissori sine voluntate ejus; sed mandatum contrahitur in gratiam solius mandantis, ac proinde potestas solvendi facilius auferri potest ex praesumpta voluntate ejus; scilicet, dum quis mandat ut solvatur filio suo vel servo, ejus sane intentio est, ut filio vel servo solutum per eos acquirat; cum autem potestas acquirendi cesset quando filius est emancipatus, aut servus liber effectus (ii enim jam sibi acquirerent quod solveretur), contra intentionem patris vel domini debitor ipsis solveret; hinc putarem quod, si quis debitori suo mandasset, ut solveret servo alieno, vel etiam alieno filiofamilias, debitor iisdem adhuc recte solveret, postquam filius emancipatus aut servus manumissus fuit, nisi forte mandatum dedisset ea intentione, ut patri vel domino ejus servi donaret.

§ XIV.

Potest quis sic solutionis causa alterum adjicere, ut minorem summam alteri stipuletur, quam sibi, v. g. *mihi decem, aut Titio quinque dabis*, quo casu quaeri potest, an debitor Titio quinque solvendo in totum liberetur, an vero in reliqua quinque adhuc possit conveniri a stipulatore. Hanc quaestionem examinat J. C. in *L.* 98 § 5 *ff. de solut.*, ubi distinguit, an stipulator eum adjecerit quasi sub conditione, id est, ut si Titio quinque non solvisset, tunc sibi daret decem, an vero intenderit eum simpliciter et puro adjicere, quod ultimum erit in dubio praesumendum: primo casu quinque Titio solutis, in totum promissor liberabitur, posteriori, quinque Titio solutis, stipulator adhuc poterit convenire debitorem in reliqua quinque.

§ XV.

Sed an stipulator in persona adjecti majorem summam exprimere potest, quam in sua persona, v. g. si stipuletur *sibi quinque vel Titio* 10 *dari?* Prima fronte videbatur dicendum id fieri non posse, cum adjectio sit accessio prioris obligationis, et ita sicut fidejussor majorem summam non potest promittere, quam reus principalis debet, ita videbatur dicendum quod in persona adjecti major summa exprimi non posset, tamen J. C. in *L.* 98 § 5 *ff. de solut.* decidit id fieri posse. Nec quis forte dicat quod J. C agat de casu, quo stipulatio sub conditione contracta fuit, v. g. hoc modo, *si Titio decem non dederis, mihi quinque dabis;* contrarium enim apparet ex verbis ejus finalibus, dum ait quod Titio solutum repeti possit per actionem mandati, quod fieri non posset, si Titius tantum esset positus in conditione. Et revera est disparitas hac in parte inter fidejussionem et adjectionem, ideo enim non valet fidejus-

aio in majorem quantitatem, ne fidejussor in plus obligetur quam debitor principalis, quod ratio accessionis non admittit; sed in adjectione, ut ante vidimus, ipsi adjecto nulla actio aut obligatio acquiritur, sed omnis actio acquiritur stipulatori.

§ XVI.

Potest etiam adjectio fieri sub conditione, vel in diem, quamvis ipsa stipulatio in persona stipulatoris sit pura, v. g. hoc modo, *decem mihi dabis, aut Titio, cum navis ex Asia advenerit*, vel etiam sic, *decem mihi nunc dabis, vel Titio intra annum*; quinimo, si principalis stipulatio sit in diem, ipsa adjectio in anteriorem diem fieri potest, ut J.C. monent in *L.* 141 § 6 *ff. h. t.*, et *L.* 98 § 4 *ff. de solut.*, in quibus ea res diversimode explicatur, sic tamen ut praeferenda videatur explicatio, quam dat Paulus in *L.* 98., scilicet quod debitum in diem sit verum debitum, etiam ante existentiam diei, atque ita eidem adjectio fieri possit. Plane, si principalis stipulatio sit sub conditione, adjectio non poterit fieri pure, sed ab eadem conditione erit suspensa, adjectio enim praesupponit aliam obligationem cui adjiciatur: quando autem aliquid debetur sub conditione, pendente conditione nulla obligatio nascitur.

§ XVII.

Objectum stipulationis constituunt *res* aut *facta*, sic tamen ut sub factis etiam comprehendatur obligatio non faciendi, ut J. C. monet in *L.* 2 § *penult. ff. h. t.*

Videamus primo de *rebus*, quae in stipulationem deduci possunt. Possunt autem omnes, quae existunt in rerum natura, et quae commercio exemptae non sunt; itaque res non existentes in rerum natura in stipulatum deduci non possunt, cum earum praestatio sit impossibilis, nemo autem ad impossibile obligari potest, unde nequidem tali stipulationi poena adjici potest. Similiter in stipulatum deduci non possunt res commercio exemptae, ut J. C. monet in *L.* 83 § 5 *ff. h. t.*, dum ait: *sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut forum aut basilicam vel hominem liberum inutiliter stipulor*; quinimo nequidem in stipulatum deduci possunt sub conditione, ita ut, si forte pendente conditione res in commercio esse coeperit, existente conditione nequidem ex stipulatu peti poterit, et quidem, quamvis quis nominatim sub tali conditione stipulatus fuerit, ut si in commercio esse coeperint praestentur, nequidem talis stipulatio subsistat, ut enim J. C. ait in cit. *L.* 83, *ea duntaxat quae natura sui possibilia sunt et praesentis temporis obligationem recipere possunt in stipulationem recte deducuntur*: postea adhuc subjicit, *quod incivile sit et rationi naturali inconveniens talem casum expectari.*

§ XVIII.

Quid si tempore factae stipulationis res quidem esset in commercio, sed tamen postea, antequam praestaretur, extra commercium esse coeperit? Tali casu, siquidem id factum sit dolo vel culpa promissoris, vel etiam post moram ejus, certo tenebitur; mora enim perpetuat obligationem. Ubi autem dolo vel culpa ipsius id contigit, tunc ratione sui facti tenebitur, ne alias se proprio facto liberet ab obligatione, qua semel coepit teneri; si autem sine dolo et culpa ipsius id contigerit, et antequam mora ex ejus parte committeretur, promissor liberabitur, ne alias ad impossibile incipiat teneri.

Sed quid si postea res iterum in commercio esse incipiat, v. g. servus promissus fuit manumissus, sed postea ob ingratitudinem in servitutem revocatus, an obligatio ex stipulatione nata intelligetur in totum extincta per manumissionem, an vero intelligetur tantum sopita obligatio, ut postea reviviscat, servo in servitutem revocato? Hanc quaestionem tractat Paulus in *L.* 83 § 5 *ff. h. t.*, et quidem ex professo, cum refellat argumenta eorum, qui contrarium sentiebant, inter quos fuit Celsus in *L.* 98 § *ult. ff. de solut.* Ipse autem Paulus decidit stipulationem in perpetuum extingui, nec reviviscere postea servo in servitutem revocato, sic ait: *nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur si sine facto ejus res sacra esse coeperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse caeperit et Stichus ex libero servus effectus sit*: reddit rationem: quia si quis stipularetur rem, quae tempore contractae stipulationis extra commercium erat, quamvis postea in commercio esse coeperit, stipulatio non convalescit, quinimo, ut ante vidimus, non valeret stipulatio, quamvis in eum casum foret concepta, quo res in commercio esse inciperet; igitur nec debet stipulatio, quae semel irrita facta fuit, quia res coeperit esse exempta commercio, convalescere, propterea quod postea iterum in commercio esse incipiat, et hoc vult J. C. his verbis: *quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit.*

Postea sibi objicit quod, si quis navim stipulatus fuisset, et promissor eam postea dissolvisset, tunc si denuo eam junxerit, navis debeatur: ut objectio procedat supponi debet, quod promissor navim dissolverit eo animo, ut postea tabulas ejusdem rursus inter se jungeret, alias enim si dominus navis navim dissolvisset sine animo iterum jungendi, stipulatio in totum corrumperetur, nec navis praestanda veniret, quamvis postea dominus

mutato consilio, navim iterum junxisset: ubi autem domiпus navim dissolvit eo animo, ut tabulas ejusdem iterum inter se jungeret, et junxit, tuoc intelligitur semper perseverasse cadem navis, et stipulatio semper in suo vigore et suo statu maosisse. Sed aliud est in servo postea manomisso, et iterum in servitutem revocato; videtur enim alius esse servus, et a priore diversus, scilicet servus manumissus in perpetuum manumissus est, et ita stipulatio corrumpitur et extinguitur in perpetuum, quae proinde oon debet reviviscere, postea servo in servitutem revocato, nisi ioterveoiat nova stipulatio.

Alterum, quod sibi objicit Paulus in cit. *L.* 83, est, quod si quis ex certo fundo stipulatus fuerit centum amphoras vini, et hoc anoo in illo fuodo nullum vinum fuerit natum, nihilominus vinum praestandum veniat, si modo sequentibus annis vinum in isto fundo oascatur. Sed disparitas est, quod in casu objecto non vinum determiosti temporis io stipulationem sit deductum, sed simpliciter ac generaliter centum amphorae vini ex isto fundo; atque ita quamvis hoc anno vinum natum oon sit, propterea praestatio ejusdem oon coepit esse impossibilis, cum vinom quod sequentibus anois oatum fuerit, sit vinum ejus fundi; et adeo illud, quod in stipulatiooem fuit deductum, cujus proinde praestatio fieri debebit, quaodocumque vinum fuerit natum. Sed io casu oostro, dum servus in stipulatum deductus fuit maoumissus, is coeperat esse exemptus commercio, et sic praestatio ejusdem coeperat esse impossibilis; unde hoc ipso stipulatio resolvitur, juxta regulam juris quod negotium resolvatur, dum pervenit ad casum, a quo incipere non potuit.

Hinc in casu objecto aliud putarem dicendum, si oon simpliciter centum amphorae vini ex isto fuodo in stipulatum forent deductae, sed centum amphorae vini hujus anni; tuoc coim, si nullum vinum fuerit natum hoc anno, nibil praestandum veniet, quia et jam praestatio ejusdem coepit esse impossibilis, vinum eoim sequentium annorum non est vinum hujus aooi.

Obj. *L.* 79 § 3 *ff. de leg.* 3, in qua J. C. dicit quod, si servus legatus fuerit maoumissus, et postea iterum revocatus in servitutem, ex causa legati peti possit. ℟. In hac lege refertur sententia Celsi, ejus autem sententia reprobata fuit per Paulum in *L.* 27 § 1 *ff. de adim. leg.*; sententia saoe Pauli juris principiis est conformior, ut ex jam dictis patet, atque adeo praeferenda sententiae Celsi.

§ XIX.

In stipulatum res propria deduci non potest; id enim, quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sane sub cooditione rem meam stipulari possum, ita ut si temporo existentis conditionis amplios mea non sit, ex stipulatu mihi deberi incipiat. Illud autem, quod diximus, rem propriam in stipulatum deduci noo posso, iotelligeodum est de re, quae pleoe et irrevocabiliter nostra est, alioquio, si plene nostra non sit, recte eam stipulari possumus.

Sed quid si tempore factae stipulationis res necdum mea esset, sed postea mea esse coeperit? Tunc videndum, an ex causa lucrativa mea facta sit, an vero ex caosa ooerosa: ut siquidem ex causa onerosa mea esse coeperit, adhuc mibi ex stipulatu debeatur; quamvis enim res illa jam mea sit, tamen adhuc mihi abesse iotelligitor, quia pretium ejus mihi abest; ei autem, cui pretium abest, res abesse intelligitur (*L.* 14 *ff. de verb. sign.*). Si autem mea facta sit ex causa lucrativa, hoc ipso mihi ex stipulatu deberi desinit, ut J. C. dicit in *L.* 83 § 6 *ff. h. t.*; cujus ratio est, quod duae lucrativae caosae non possint in eamdem rem, et eamdem personam simul concurrere, scilicet, cum jam rem nactus sim ex causa lucrativa, nihilque mihi absit ratione ejusdem, nullo sensu res mihi potest videri abesse; et ita, cum id, quod meum est, amplius meum fieri non possit, stipulatio resolvitur, si modo iterum plene et irrevocabiliter res coeperit esse mea.

§ XX.

In stipolationem non tantum una res, sed etiam plures simul deduci possunt; unde tunc venit examinandom an sit unica, an vero plures stipolationes Et siquidem commuoi aliquo et generali verbo in stipulatione siot comprehensae, v. g. si quis stipuletur gregem, aut certam summam pecuniae, unica videbitur stipulatio; sed si in stipulatione res non siot designstae communi aliquo et generali verbo, sed specialiter siot enumeratae, v. g. si quis stipuletur Stichum et Pamphilum, tot videbuntur esse stipulationes, quot suot res stipulatione comprehensae. Ratio differentiae est, quod primo casu sit unica propositio simplex, quae in plures non resolvitur, sed posteriori casu est propositio copulativa, quae resolvitur in plures.

Sed quid si tali casu siot plures, qui eas res simul stipulati sunt, vel etiam plures uni et eidem stipulatori heredes extiterint, quomodo fiet divisio? J. C. (in *L.* 54 *ff. h. t.*) distinguit an species in stipulatiooem sint deductae, an vero quaotitates vel genera, ut priori casu fiat divisio corpore; unde si quis stipulatus sit Stichum vel Pamphilum, et mortuus sit duobus relictis heredibus, non cuique unus homo ex stipulatu dabitur, sed quisque ipsorum ex stipulatione jus nactus est ad unam secundam pro indiviso cujusque hominis; si vero quaotitates vel genera io stipulatum sint deducta, divisio fit numero; itaque si quis stipulatus sit decem homioes in genere, vel summam ceotum flo-

renorum, et moriatur duobus relictis heredibus, cuique ex istis quinque homines vel quinquaginta floreni debebuntur.

§ XXI.

Haec sufficiant de rebus: nunc videamus de *factis*, quae constituunt secundum objectum stipulationis. Possunt autem in stipulatum deduci omnia facta, modo sint honesta licita et possibilia; sicut enim res, quae in rerum natura non extant, aut exemptae commercio non possunt in stipulatum deduci, sic nec etiam impossibilia, aut illicita, vel turpia. Nemo etiam per stipulationem factum alienum promittere potest, quod variis textibus juris nostri decisum est (*L.* 38 *L.* 83 *ff. h. t.*, et *L.* 65 *ff. de fidejuss.*); et sane is, cujus factum promittitur, vi stipulationis ad illud factum non tenebitur, cum nemo per alterum sine suo facto et voluntate possit obligari, sed nec etiam obligabitur ipse promissor; ipse enim se obligare non voluit, nec suum factum promisit, in se enim nihil faciendum aut praestandum recepit; itaque si quis velit obtinere effectum talis stipulationis, id per indirectum obtinere poterit, scilicet ei subjiciendo stipulationem poenalem, ut J. C. monet in *L.* 38 § 2 *ff. h. t.*; tunc enim factum alienum in stipulatione non continetur, sed tantum in conditione ponitur.

Cum casu, quo quis per stipulationem promisit factum alienum, confundi non debet casus, quo quis per stipulationem promisit se effecturum, ut alter det vel faciat; talis enim stipulatio consistit, quia tunc non factum alienum, sed meum proprium promisisse videor.

§ XXII.

Inter obligationes faciendi J. C. in *L.* 72 *ff. h. t.* recenset obligationem tradendi; et recte, si modo ipsa traditio unice per se ipsam in stipulationem sit deducta, sic enim nudum factum continet; sed si traditio in ordine ad aliud in stipulationem deducatur, v. g. in ordine ad translationem dominii vel possessionis, non obligatio faciendi, sed dandi videbitur contracta; hinc J. C. in *L.* 28 *ff. h. t.* recte ait, quod si quis rem tradi stipuletur, non intelligatur proprietatem ejus stipulari, sed tantum tradi; aliud enim est dare, aliud rem tradere: *dare* enim importat transferre dominium, sed *tradere* in solo facto consistit.

Cum stipulatione tradendi Donellus confundit stipulationem vacuam possessionem tradendi, ita ut is, qui stipulatus est fundum tradi, intelligatur etiam stipulatus vacuam possessionem ejusdem tradi, sicque, quamvis nomine sint diversa, re ipsa tamen et in effectu intelligantur esse eadem; sed male, aliud enim est tradere, aliud vacuam possessionem transferre; tradi enim potest res etiam ab alio possessa, sed ejusdem nequit vacua possessio transferri. Fundat se Donellus in eo, quod venditor sit obligatus ad tradendum, jam autem, inquit, etiam est obligatus ad transferendam vacuam possessionem, ex quo infert, stipulationem tradendi confundi debere cum stipulatione vacuam possessionem tradendi; ast infaustis avibus, nam venditor non ad simplex factum traditionis vi venditionis obligatur, sed ut praestet emptori habere licere, et sic tradat, ut res sit vacua ab omni alio possessore; unde etiam si res auferatur ab emptore, quia jam venditor non praestat amplius habere licere, ex empto conveniri poterit. Itaque hae stipulationes sunt diversae, et inter se maxime differunt, quando enim quis simpliciter stipulatur fundum tradi, promissor defungitur si modo simplex factum traditionis praestiterit; sed si quis stipulatus sit vacuam possessionem tradi, promissor non defungitur simpliciter rem tradendo, sed sic tradere debet, ut stipulatori eam habere liceat, nullusque alius existat in possessione ejusdem; unde si stipulatori postea res auferatur, is promissorem poterit convenire actione ex stipulatu, quasi obligationi suae non satisfecerit. Hinc J. C. in *L.* 52 § 1 *ff h. t.* recte monet, quod si quis vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio contineat, sed causam bonorum, id est, non sufficit simpliciter rem tradere, sed sic res tradi debet, ut incipiat esse in bonis stipulatoris; hac tamen stipulatione non continetur, ut proprietas transferatur, potest enim vacua possessio transferri absque eo quod transferatur dominium; sic fur, cum habeat possessionem veram et proprie dictam, ipsius rei furtivae vacuam possessionem transferre potest, quamvis non transferat dominium, quod nec ipse habet.

§ XXIII.

Omni stipulationi faciendi inest tacitum tempus, quo factum commode fieri possit, ante quod promissor ex stipulatu conveniri non potest, quamvis de eo nulla sit facta mentio in stipulatione: v. g. stipulatus sum domum fieri: ut domus commode aedificari possit, requiritur spatium unius anni, ante cujus lapsum promissor conveniri non poterit: illud autem tempus ex re ipsa venit, quatenus nemo possit teneri ad impossibile, et ita cum impossibile sit domum aedificare ante spatium unius anni, etiam ante spatium illud elapsum promissor conveniri non poterit (vide *L.* 24 *ff. de oper. libert.*). Idem fere servatur, si quis promiserit se certo loco quid daturum, v. g. si promiserit se daturum centum Romae, ex stipulatu conveniri non poterit antequam tempus effluxerit, quo Romam commode pervenire potuit (*L.* 12 § 5 *ff. de eo quod certo loco*).

Sed quid si tantumdem temporis sit praeterlapsum, ut certum sit promissorem intra reliquum tempus factum interponere non posse, v. g. stipulatus sum domum fieri, quae, ut commode aedificetur, requirit spatium unius anni, jam sex menses sunt elapsi, et nequidem domum aedificare incoepit, ita ut certum sit quod intra sex menses reliquos domum aedificare non possit, an jam statim ex stipulatu conveniri poterit, an vero erit expectandum donec annus integer sit elapsus, ut promissor ex stipulatu conveniri possit? Ratio, quae aliquibus dubium movit, est, quod in stipulatione faciendi, si factum suo tempore non fiat, peti possit interesse, ita ut interesse quasi sub conditione in obligatione contineatur; scilicet si factum suo tempore praestitum non sit, ubi autem quid sub conditione ex stipulatu debetur, quamprimum certum esse incipit conditionem extituram, actio ex stipulatu competit, ut probat *L.* 115 § 1 *ff. h. t.* Ibi proponitur quod aliquis promiserit centum dare, si non nupserit: dicit J. C. quod quamprimum certum esse coeperit eum nubere non posse, stipulatio committatur; sed falsum est quod in stipulatione faciendi interesse contineatur in obligatione, solum enim factum stipulatione continetur, sic tamen ut, tempore elapso, quo illud factum poni potuit, stipulator vel ipsum factum, vel interesse exigere possit: do caeteroipsum factum adhuc est in obligatione, ut clare patet ex eo, quod promissor ante litem contestatam factum praestando se liberet (*L.* 84 *ff. h. t.*). Deinde quamvis interesse obligatione contineretur, inde necdum sequeretur quod, statim atque certum esse incipit factum poni non posse suo tempore, peti possit interesse; quia illa stipulatio non tantum conditionem, sed etiam diem habet; et ita, quamvis jam extet conditio, tamen adhuc dies erit expectandus, juxta *L.* 14 *ff. h. t.*, in qua J. C. sic loquitur: *si ita stipulatus essem abs te domum aedificari, vel heredem meum damnovero insulam aedificare, Celso placet, non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeteriisset, quo insula aedificari posset.*

Non obstat quod tempus concedatur ad factum interponendum, non vero ad interesse, quod tempore non indiget; quia interesse non principaliter est in obligatione, sed factum, interesse tantum praestandum venit per consequentiam facti; et ita non potest agi ad interesse, antequam ipsum factum peti possit.

Instant et dicunt quod, cum impossibile sit opus fieri intra tempus statutum, inutiliter promissori indulgeatur tempus ad factum interponendum. ℟. quod totum illud spatium temporis sit in favorem debitoris, quo, si usus non fuerit ad opus faciendum, eo uti potest ad differendam solutionem interesse.

Magis obstat *L.* 72 § *ult. ff. h. t.*, in qua dicitur: *plane si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est expectandum ut insula ruat, sic deinde agi possit*; dicit ergo quod, si aliquis insulam fulciri stipulatus sit, non sit expectandum ut insula ruat; nec mirum, cum non promiserit se effecturum ne insula ruat, quo casu expectandum foret donec insula ruat, ut ex stipulatu agi possit, sed promiserat insulam fulcire; unde ei quidem tantum temporis concedendum est, ut insulam fulcire possit, sed illud tempus ei indulgendum non est ut insula ruat, idque etiam J. C. decidit in *L.* 98 § 1 *ff. h. t.*; ast prosequitur J. C. in *L.* 72 *cit.*, et ait: *nec insulam fieri, ut tantum temporis praetereat quanto insula fabricari potest, sed ubi jam coepit mora faciendae insulae fieri, tunc agetur: diesque obligationi cedit*: dicit igitur quod si quis insulam fieri stipulatus sit, promissori tantum tempus indulgendum non sit, intra quod insula aedificari possit, ut ex stipulato agi possit, sed ubi promissor coepit esse in mora faciendae insulae, ita ut intra reliquum tempus insula amplius aedificari non possit, tunc ex stipulatu possit agi, diesque obligationi cedat; sic ergo videtur praecise contrariam amplecti sententiam. ℟. quod J. C. in lege objecta non velit, ut statim atque promissor est in mora faciendae insulae, statim ad insulam agi possit, et solida ejus aestimatio peti; sed tantum hoc vult quod, si propterea quod promissor suo tempore insulam aedificare non coepit, jam coeperit interesse stipulatoris, et exinde jam aliquod damnum senserit, quatenus tunc hucusque stipulatoris interesse coepit, possit agere ex stipulatu; itaque sic agens non consequetur solidam facti aestimationem, sed tantum quatenus hucusque sua interest opus coeptum non esse, uti etiam dicit J. C. in *L.* 137 § 3 *ff. h. t.* in verbis: *item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur quod in illo intervallo effici potuit, transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur liberetur reus.*

Ubi jam illud tempus est praeterlapsum, intra quod factum commode poni potuit, tunc, si factum positum non fuerit, in arbitrio stipulatoris est an velit agere ad factum, an vero velit petere interesse; sed tamen si creditor non egerit ad interesse, quamdiu desuper litem contestatus non est, debitor liberatur praestando ipsum factum, ut diserte J. C. monet in *L.* 84 *ff. h. t.* dum ait: *si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere, quamdiu litem contestatus non sim, posse te facientem liberari placet.*

Nec obstat quod, ut jam diximus, tempore elapso, quo factum poni potuit, in arbitrio creditoris sit an velit agere ad factum, an vero ad interesse; quia eo non obstante, solum factum remanet in obligatione, ac proinde debitor illud praestando debet liberari: quod autem creditor possit agere ad interesse, id non fit ea ratione quasi inte-

resse foret in obligatione, sed quia leges hoc jus creditori concedunt ex mera benignitate, ne alias non consequatur scopum et finem suae stipulationis; nam si facto suo tempore non praestito, deberet adhuc agere ad factum, scopum et finem suum sane non obtineret, cum adhuc spatium temporis promissori indulgere deberet, intra quod factum praestare posset.

Non obstat etiam quod, si quis stipulatus fuisset Stichum vel Pamphilum, utrum ipse vellet, non posset promissor stipulatori invito Stichum obtrudere. Nam disparitas est, quod in casu objecto et Stichus et Pamphilus uterque in obligatione contineretur, non quidem ut uterque dari deberet, sed alteruter ad arbitrium stipulatoris. Sed in casu nostro solum factum stipulatione continetur, et nullo modo interesse, consequenter debitor factum praestando debet liberari: insuper in casu objecto, jus petendi Stichum vel Pamphilum competit ipsi stipulatori ex ipsa stipulatione, quod proinde ipsi invito auferri non potest, sed jus petendi interesse, quod creditor in casu nostro habet, illud non habet ex ipsa stipulatione, sed ex mera legis benignitate, quae, ex ratione supra dicta, illud jus creditori concessit.

Non obstat *L.* 72 *ff. h. t.*, in qua dicitur *Tuberonem existimasse ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere;* hoc enim sic intelligendum est, quod si creditor interesse petierit, tunc dari absolute debeat, nec amplius defungatur debitor factum interponendo; sed tamen donec creditor petat interesse, cum solum factum sit in obligatione, illud praestando liberatur.

Non obstat quod, si emphyteuta in solutione pensionis per triennium cessaverit, emphyteusis cadat in commissum, nec possit emphyteuta purgare moram pensionem praestando, antequam dominus directus utatur jure caduci, sive expellat emphyteutam. Nam disparitas est, quod in casu objecto, domino, vi contractus emphyteuticarii, illud jus quaesitum sit ut, pensione intra triennium non soluta, possit expellere emphyteutam. Sed in casu nostro stipulator jus petendi interesse non habet vi ipsius stipulationis, utpote in qua solum factum continetur, sed illud habet ex mera legis benignitate; jam autem multo difficilius aufertur jus ex conventione, quam ex mero legis beneficio, quaesitum, cum enim lex ex mera aequitate illud concedat, contraria suadente aequitate, illud facile aufert: hic applicari potest quod dicit Celsus in *L.* 91 § 3 *ff. h. t.*, *esse hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.*

Si autem creditor petierit interesse, ac desuper litem contestatus sit, jam promissor amplius non defungitur factum interponendo, sed stipulatori interesse praestare cogitur (*L.* 84 *ff. h. t.*).

Nec obstat quod in stipulatione tantum contineatur factum; etenim in ipsa litis contestatione, ut jam aliquoties dictum, continetur quaedam quasi novatio, qua reus conventus promittere intelligitur se praestiturum omne id, quod a se fuerit petitum, si modo postea contra se sententia feratur; hinc jam fit ut, quando creditor petiit interesse, et desuper reus litem contestatur, postea condemnatus, interesse absolute praestare cogatur.

§ XXIV.

Stipulatio non tantum pure fieri potest, sed etiam ei potest adjici dies, conditio, vel poena. Si stipulatio pure facta sit, non adjecta die, vel conditione, statim ex eadem agi potest, ut J. C. dicit in *L.* 41 § 1 *ff. h. t.*, dum ait: *quoties autem in obligationibus dies non ponitur praesenti die pecunia debetur:* plane quamvis ex stipulatione debitor statim conveniri possit, non tamen illico in ipso momento petitionis solvere tenetur, sed ei aliquod medium tempus ex humanitate dari solet, ut J. C. ait in *L.* 105 *ff. de solut.*, *nec enim cum sacco adire debet*, scilicet non debet creditor nimis esse rigorosus, sed civiliter in exigendo debito procedere debet; unde, non tantum ipsi debitori debitum agnoscenti, sed et etiam ei, qui debitum abnegavit, et postea condemnatus fuit, a lege vel a judice aliquod modicum tempus indulgeri solet, ut creditori satisfaciat: sic debitor, qui condemnatus est in pecuniam numeratam, post latam sententiam, de jure civili habet quadrimestre, ut interim conquirere possit pecuniam, et satisfacere sententiae.

§ XXV.

Quod diximus ex stipulatione pura statim agi posse, id intelligendum est de ea stipulatione, quae neque expresse, neque tacite diem adjectum habet; aliquando enim contingit ut, quamvis dies expresse stipulationi non sit appositus, eidem dies ex natura ipsius rei vel stipulationis insit. Sic primo id contingit, si aliquis promiserit se certo loco quid daturum, cum ab eodem abesset, tunc enim inest tacitum illud tempus, quo promissor ad illum locum pervenire potuit; idque ideo quia ubi abest, impossibile est, ut statim eo loco det, et ita eum nemo ad impossibile possit teneri, nisi tempus sit elapsum, quo in eum locum pervenire potuit, efficaciter non obligatur.

Quomodo autem id tempus accipi debet, vix melius statui potest quam J. C. in *L.* 137 § 2 *ff. h. t.*, ubi sic dicit: *ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque diplomate, diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuari cogatur; neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat: sed habita ratio-*

Digitized by Google

ne temporis, aetatis, sexus, valetudinis, cum id agat ut mature perveniat, id est, eodem tempore quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire.

§ XXVI.

Sed quid si quis alternative promiserit se daturum in diversis locis, v. g. se daturum Capuae, vel Ephesi, quandonam ex stipulatione conveniri poterit? Hanc quaestionem repete sub tit. *de eo quod certo loco etc.*

Si quis promiserit certam pecuniae quantitatem, vel hominem in genere, cum nullam pecuniam paratam haberet, et neminem reperiret qui sibi pecuniam crederet, aut nullum hominem in suo patrimonio haberet, hanc quaestionem proponit J. C. in *L.* 137 § 4 *ff. h. t.*, ubi sic ait: *illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit; quid ergo si neque domi habet, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali, et respiciunt ad facultatem dandi: est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur;* quibus verbis hoc vult J. C., quod quis propter inopiam, vel ex eo quod creditorem invenire non possit statim, et illico pecuniam dare non possit, id non proveniat ab aliquo impedimento naturali, sed extrinsecus; et adeo cessat ratio, quae in priori casu efficiebat diem subintelligi.

Sed quid si rem mobilem dare promiserim, quam hic et nunc praesentem non habeo, sed forte abest in alio loco? v. g. Lovanii degens promisi me daturum Stichum, qui Stichus non est Lovanii, sed Parisiis, an statim conveniri potero ex stipulatu, an vero demum post illud tempus, quo Parisios pervenire potui, et Stichum accersere, ut eumdem stipulatori tradam? J. C. in *L.* 137 § 4 decidere videtur statim me convenire posse, nec praedictum tempus esse expectandum, ait enim: *et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus ubi sit Stichus, aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se, an quod Ephesi sit, cum ipsa Romae sit dare spondeat, nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest, et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet: ne incipiat dici, eum quoque dari non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.* Hoc vult J. C. in casu proposito, quod Stichus in praesentia dari non possit, non provenit ex aliquo impedimento naturali; Stichus enim naturaliter non magis in hoc quam in alio loco existit; unde quod Stichus in praesentia detur, id non continebat aliquam impossibilitatem a natura provenientem, sed tantum difficultatem. Aliud est, quando rem immobilem promisi, cum ab eadem abessem, quod enim in praesentia eam dare non possim, id provenit ab impedimento naturali.

Quod diximus de Sticho absente promisso, sic intelligendum putamus, si in contrahenda stipulatione promissor non dixerit Stichum abesse; si enim id dixisset, id actum inter ipsos deberet praesumi, ut demum detur postquam promissor eum accersere potuit; non est enim credibile quod stipulator Stichum, quem absentem sciret, statim dari voluerit.

§ XXVII.

Haec sufficiant de obligatione pura, vel cui dies tacite adjicitur: videamus jam de stipulatione, cui dies expresse adjicitur. Hic autem apponi potest vel finiendae obligationis, vel multiplicandae, vel differendae solutionis causa: finiendae obligationis causa, quando stipulatio contrahitur ad certum tempus, quo eveniente expiret, et talis stipulatio non vocatur in diem, sed *ad diem*, v. g. dabis mihi centum usque ad decem annos; hoc autem casu, decem annis elapsis, obligatio non extinguitur ipso jure, nam stipulator adhuc post decem annos petere poterit, idque ideo quia tempus non est modus finiendae obligationis, ut constat ex *L.* 44 § 1 *ff. de oblig. et act.*; sed si stipulator post id tempus ex stipulatione egerit, promissor eum repellet exceptione doli mali.

§ XXVIII.

Dies adjicitur multiplicandae obligationis causa, quando quis v. g. stipulatur centum sibi dari *quoad vivet*, vel *Titius consul factus fuerit*; quia donec vivat, vel Titius consul sit, singulis annis eadem summa praestanda venit; unde dubitari potest an haec stipulatio, qua quis annue certam summam stipulatur, v. g. *singulis annis centum dabis*, sit unica, et ad heredes transitoria, an vero sint plures stipulationes, et finiantur morte stipulatoris? Et J. C. in *L.* 16 § 1 *ff. h. t.* decidit unicam esse stipulationem, eamque perpetuam et in heredes transitoriam, nisi aliud foret dictum. Aliter tamen servatur in legato annuo, quod intelligitur multiplex, et ad heredes non transit: cujus ratio est, quod testator, qui legat, videatur velle benefacere personae solius legatarii, et ita praestationem summae distribuens in annos singulos creditur voluisse respicere initia cujusque anni, an legatarius adhuc vivat, scilicet; assumitur id legatum reliquisse vice alimentorum, unde sicuti legatum alimentorum ad heredes non transit, sic nec etiam legatum annuum. Hinc est quod il-

lud legatum intelligatur multiplex, quatenus singulo anno inspiciendum veniat an legatarius adhuc vivat, et ideo etiam tot intelliguntur legata quot sunt anni, ita ut legatum primi anni sit purum, sequentium, conditionale. Hae rationes cessant in stipulatione annua, quisque enim stipulando, aut aliter contrahendo non tantum sibi, sed etiam heredibus suis creditur velle consulere.

Alterum, quod circa hanc stipulationem inspiciendum venit, est quandenam summa debita peti possit, an v. g. pensio primi anni possit peti statim ab interposita stipulatione, an vero finis ejus anni sit expectandus, et sic in sequentibus annis? Respondet J. C. in *L.* 56 § 4 *ff. h. t.* confestim peti posse, ait enim, *qui ita stipulatur: decem quoad vivam dare spondes, confestim decem recte dari petit*, et merito; quia pro primo anno ista stipulatio est pura nullum diem adjectum habens; jam autem, ut ante dictum, ex stipulatione pura statim agi potest, et id non tantum locum habet in stipulatione annua, sed etiam in legato annuo, ut constat ex *L.* 12 § 1 *ff. quando dies leg. cedat;* et sane utriusque eadem est ratio.

Nec obstat quod, si quis sibi decem dari hoc anno, vel mense stipuletur, non nisi omnibus partibus anni vel mensis praeteritis, ex ea stipulatione agi possit; quia disparitas est, quod in casu objecto ad nullum alium finem dies possit intelligi adjectus stipulationi, quam solutionis differendae causa; sed in nostro casu ad alium finem dies fuit adjectus, nempe stipulationis multiplicandae causa, ut scilicet praestationes multiplicentur, et singulis annis sint faciendae; hinc, cum appareat alius finis diei adjecti, is non debet videri adjectus solutionis differendae causa.

§ XXIX.

Nunc videamus de die, qui adjicitur solutionis differendae causa. Is vel est *certus*, vel *incertus*: dies dicitur *incertus*, quando incertum est an ille sit extiturus, isque dies conditionem facit, unde de eo idem juris est, quod de conditione, de qua postea: dies dicitur *certus*, quem certum est aliquando extiturum, quamvis forte incertum sit quandonam sit extiturus, aliter quam servatur in ultimis voluntatibus; in his enim, si incertum sit an dies sit extiturus in vita illius, cui in similem diem aliquid relictum est, conditionem facit: rationem differentiae dedimus sub titulo *de conditionibus et demonstrationibus*. Ubi stipulatio est contracta in diem certum, obligatio quidem statim nascitur a momento contractae stipulationis, sed tamen ex ea agi non potest ante adventum diei, et hoc est quod dici solet, *quod ab initio quidem nascatur in actu primo, non autem in actu secundo, sed demum existente die;* itaque, antequam dies extiterit, debitor non potest cogi ad solvendum, quinimo nequidem ipso die ex stipulatu contra eum agi potest, sed requiritur, ut totus dies praeterierit, ut constat ex § 2 *inst. h. t.*, id enim actum est in illa stipulatione, ut debitor toto eo die solvere possit, ac proinde vel ultimo momento ejus diei solvendo satisfacit suae obligationi; cui accedit quod dies sit in favorem debitoris.

Quamvis, ut jam diximus, dies differat solutionem, non tamen differt obligationem, in eoque perpetue differt a conditione, quae interim, donec existat, obligationem suspendit.

Nec obstat *L.* 41 § 1 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *verum dies adjectus efficit ne praesente die pecunia debeatur*; etenim J. C. in lege objecta non vult quod in praesenti pecunia absolute non debeatur, sed quod non debeatur cum effectu, ita ut ante existentiam diei non possit cogi ad solutionem; idque patet ex eo, quod J. C. ibidem allegat differentiam, quae intercedit inter stipulationem puram, et in diem contractam; insuper id adhuc apparet ex verbis sequentibus, dum ait, *ex quo apparet diei adjectionem pro eo esse, non pro stipulatore.*

§ XXX.

Circa diem adjectum aliquando oritur difficultas, quisnam scilicet dies sit intelligendus adjectus ad faciendam solutionem. Et siquidem dies sit determinatus, v. g. si quis stipuletur sibi dari prima octobris, vel intra annum, non est difficultas; certum enim est, quod toto illo die adhuc solvere possit, nec possit agi contra ipsum ob solutionem non factam. Si autem dies non sit determinatus, sed tempus adjectum plures dies complectatur, v. g. si quis stipuletur in octava paschatis, vel tempore nundinarum, dubitari potest an debitor possit cogi ad solutionem prima die octavae paschatis, vel eoedinarum, an vero debeat expectari ultimus dies ejus octavae, vel nuedinarum. Et Sabinus putabat prima die octavae paschatis, vel nundinarum debitum peti posse: Proculus vero et diversae scholae auctores dicebant quod, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum spatio superesset, peti non posset: Proculi sententia comprobata fuit a Vemilio in *L.* 138 *ff. h. t.*, et merito; cum enim stipulatio sit ambigua, ac scilicet primus dies nundinarum, an ultimus sit intelligendus, respondendum pro promissore contra stipulatorem, qui apertius loqui potuit.

Similiter de hoc casu dubitatum fuit: si quis stipulatus esset sibi centum dari ante kalendas, vel nundinas, an debeat esse datum prima die kalendarum, vel nundinarum, ita ut prima die jam possit agi ex stipulatu, an vero demum kalendis vel nundinis elapsis? Et J. C. in *L.* 13 *ff. h. t.* dicit quod is, qui stipulatur ante kalendas sibi da-

ri, sit similis ei, qui stipulatus est kalendis sibi dari: constat autem hunc vel ultimo die kalendarum dare posse, ita ut non nisi integris kalendis elapsis ex stipulatu conveniri possit.

Verum videbantur resistere verba ipsius stipulationis, cum stipulatus esset ante kalendas sibi dari? Sed ea verba sunt ambigua, an scilicet sic intellexerint contrahentes, ante kalendas incoeptas, an vero ante kalendas elapsas: in hoc dubio iterum pro debitore respondendum; et sane, si quis stipuletur ante annum sibi dari, omnes intelligent talem stipulationem, quasi stipulatus esset ante annum finitum; dum ergo verba eam interpretationem admittere possunt, eam in favorem debitoris sequimur.

§ XXXI.

Nunc videamus de stipulatione *sub conditione* contracta. Fit autem stipulatio *sub conditione*, ut imperator loquitur in § 4 *inst. h. t.*, *cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si quid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio*, id est obligatio ex stipulatione nascitur; igitur ante eventum conditionis, ex stipulatione nulla obligatio nascitur, sed in pendenti remanet; unde, si pendente conditione fuerit solutum, repetitur, et quidem per condictionem indebiti, existente vero conditione, non amplius repetitur, jam enim nata est obligatio. Insuper pendente conditione non potest fieri novatio, aut constitutum, et si fiat, ab eadem conditione suspensa manebit, cum novatio uti et constitutum requirant obligationem praeviam, saltem naturalem, qualis non nascitur pendente conditione; itaque deficiente conditione, intelligitur stipulatio nunquam contracta, ea vero existente, stipulatio jam inde contracta intelligitur ab initio, cum conditio postea existens ad initium retrotrahatur, si modo tamen tempore existentis conditionis adhuc sint termini habiles ad retrotractionem; unde, si tempore existentis conditionis res stipulata jam inde periisset casu fortuito, stipulatio non perficietur. Haec tamen intelligenda sunt de conditione casuali, vel mixta; in potestativa enim aliud obtinet, si quidem in illa conditio existens non retrotrahatur ad initium, sed ex nunc stipulatio tantum perficitur: ratio differentiae est, quod absurdum esset eum jam inde fingere obligatum, in cujus potestate adhuc erat non obligari; quae ratio cessat in conditione casuali et mixta.

§ XXXII.

Antequam ulterius pergamus, quaedam erunt praemittenda de conditionibus in genere. *Conditio* nihil est aliud, quam incertus eventus, in quem confertur dispositio, et a quo suspenditur; ex quo apparet conditionem de praesenti, vel de praeterito non esse veram conditionem, cum non suspendat actum, sed ab initio actus jam consistat, vel non consistat, idque in rerum natura jam inde ab initio certum est, quamvis forte nobis propter ignorantiam incertum sit. Similiter ex eo apparet conditionem impossibilem non esse veram conditionem, cum ab initio jam certum sit eam nunquam exstituram, et sic iterum non suspendit actum. Idem adhuc dicendum de conditione necessaria, id est certo certius extitura; cum enim nec haec suspendat actum ab incerto eventu, vera conditio non est; itaque si stipulatus sim decem sub conditione a Titio, si ipse vel alius moriatur, jam ab initio stipulatio consisteret, atque ex eodem etiam agi poterit (arg. *L.* 9 § 1 *ff. de novat.*, et *L.* 8 *ff. h. t.*), ita ut mors Titii expectanda non sit; igitur sola conditio possibilis de futuro contingens est vera conditio.

Dividuntur conditiones in *casuales*, *potestativas*, et *mixtas*. *Casualis* est, quae dependet a mero eventu; *potestativa* est, quae dependet a sola voluntate illius, cui est adscripta; *mixta* est, quae partim dependet a voluntate ipsius, partim a casu vel voluntate tertii, v. g. si stipulatus sim a Titio centum, si Cajam duxerit, haec enim dependet partim ab ipsius voluntate, partim a voluntate Cajae.

Adhuc dividuntur conditiones in *tacitas* et *expressas*, item in *extrinsecas* et *intrinsecas*. *Expressa* est, quae verbis expressis adjicitur, soletque exprimi per particulam *si*, *alioquin*, *dummodo*, et similes; item adhuc *ablativus absolutus* plerumque conditionem continet, ut probat *L.* 109 *ff. de condit. et demonstr.*

Conditio *tacita* est, quae verbis non exprimitur, sed tacito inest, et ex circumstantiis plerumque colligitur: cum hac conditione tacita non debet confundi conditio *intrinseca*; haec enim ex natura ipsius rei, vel conditione personae oritur independenter a mente contrahentium, sic v. g. stipulationi fructuum nasciturorum inest conditio *si nascantur*, stipulationi dotis haec inest, *si matrimonium contrahatur* (*L.* 21 *ff. de jure dot.*); ex quo satis intelligitur conditionem *extrinsecam* esse, quae immediate procedit ex voluntate contrahentium, unde haec aliquando est *expressa*, aliquando *tacita*.

§ XXXIII.

Conditio tacite adjicitur variis modis: sic v. g. adjectione diei incerti conditio inducitur, modo incertum sit, an ille dies aliquando sit extiturus, sic, si stipulatus sim centum, cum Titius consul factus erit; hinc J. C. in *L.* 5 § 3 *ff. h. t.* nihil interesse dicit, an ita stipuler, *cum veneris*, an *si veneris*: idem J. C. affirmat in *L.* 22 *ff. quan-*

Digitized by Google

do dies leg. ced., quia, inquit, *in priori per tempus demonstratur conditio, in posteriori autem per conditionem tempus, utrobique autem est eadem conditio*. Exemplum conditionis tacite adjectae adhuc habemus in *L.* 116 *ff. h. t.*, item in *L.* 21 *ff. de solut.* Proponitur ibidem, quod eum stipulatus essem a Titio centum, a Maevio stipulatus sim *quanto minus a Titio consequi potero*, in hac posteriore stipulatione continetur conditio *si aliquid a Titio consequi non potero*; unde prius Titium excutere debeo, et, antequam eum excusserim, Maevium convenire non potero, quia adhuc pendet conditio stipulationis, quam cum Maevio interposui; antequam enim Titium excusserim, incertum est an aliquid, et quantum ab eo consequi non possim; in eoque differt hic Maevius a correo, quod Maevius tantum debeat sub conditione *si a Titio debitum consequi non possim*; quinimo, quamvis Maevius sponte solvisset antequam Titius foret excussus, Titius non liberaretur, et Maevius id, quod solvit, tamquam indebite solutum repetere posset, quia solvit pendente conditione suae stipulationis: id autem, quod sub conditione debetur, needum est debitum, et consequenter tamquam indebite solutum repeti potest. Plane, si jam omnino certum esset Titium esse insolvendo, nec quidquam solvere posse, cum jam existat conditio stipulationis, quatenus certum sit me a Titio nihil consequi posse, Maevium convenire potero antequam Titium convenerim; sed si incertum sit an Titius sit solvendo, vel an aliquid solvere possit, sed non totum, primo Titium convenire debebo, eumque excutere, nec ante Maevium convenire potero, cum adhuc incertum sit quatenus solvere possit, et consequenter in quantum Maevius teneatur.

Aliud adhuc simile exemplum, ubi conditio tacite subintelligitur, proponit J. C. in *L.* 122 § 4 *ff. h. t.*, in qua Agerius filiusfamilias servo Publii Maevii stipulanti spopondit *se daturum quidquid patrem suum Publio Maevio debere constitisset*: quaerit J. C. quod, si pater defunctus sit antequam constaret quid quantumve deberet, an, si heres ejus conventus fuisset, et constitisset de debito patris, Agerius ex stipulatione conveniri possit: et decidit eum conveniri non posse, quia defecit conditio stipulationis. Sed quaeret quia, quaenam hic conditio debeat subintelligi, cum nulla sit expressa? Est autem haec: *si vivo patre de debito constitisset*; quando enim post mortem patris de debito constat, constat quidem de debito patris, sed non constat patrem debere, cum mortuus nihil debere possit; itaque, si in vita patris de debito patris non constiterit, deficit conditio ipsius stipulationis, quamvis adversus heredem actum fuisset, et per sententiam judicis constitisset; nam tunc quidem constat patrem debuisse, sed nunquam constitit patrem debere, non imprimis in vita, id enim supponitur, sed nec post mortem, cum mortuus debere non possit.

§ XXXIV.

Conditio stipulationi apposita debet specifice impleri, atque adeo in eo et per eum, qui in conditione designatus est, ita ut non admittatur repraesentatio personae, neque etiam potest impleri per aequipollens; unde si stipulatus sim centum, *si Titio fundum dedero*, nihil proficiam, si heredi ejus, vel etiam servo fundum dedero, quamvis tamen, si servo ejus dederim, Titio fundus acquiratur. Ratio est quod omnis conditio contineat aliquod factum, quod aliud est, si interponatur in persona unius, aliud, si ponatur in persona alterius; sic in exemplo allegato aliud est facere, si Titio dem fundum, aliud est, si heredi ejus dedero vel servo. Nec obstat heredem repraesentare personam defuncti, quia heres tantum repraesentat personam defuncti in iis, quae sunt juris, non etiam in iis, quae sunt facti; jam autem omnis conditio in facto consistit; igitur quoad implementum conditionis heres non potest repraesentare personam defuncti. Non obstat etiam quod obligatio faciendi ad heredes transeat, quia obligatio est juris; jam autem in iis, quae juris sunt, heres repraesentat personam defuncti; sed conditio est meri facti, nec quidquam juris de se confert, nam jus, quod nascitur posita conditione, non oritur ex conditione, sed ex stipulatione, quae collata fuit in existentiam conditionis.

Ex eo, quod ante diximus, conditiones omnes specifice deberi impleri, nec posse impleri per aequipollens, etiam est, quod si forte stipulatus essem a Titio fundum, *si ei decem dedero*, non viderer implevisse conditionem, si forte, eum is mihi deberet decem, ei objecissem compensationem, quo facit *L.* 45 *ff. de cond. et demonstr.*

§ XXXV.

Nunc videamus quo tempore debeat impleri conditio, ut intelligatur recte impleta. Et quod attinet conditiones casuales sufficit illas quandocumque esse impletas, ita quidem ut, si stipulator forte interim sit mortuus antequam conditio existeret, etiam jus ex eadem quaesitum ad heredes transmittat; quod aliter se habet in ultimis voluntatibus (vide Vinnium ad *Inst. lib.* III *tit.* 16 § 4.); si vero conditio sit potestativa, vel mixta, sufficit eam quandocumque impleri per eum, cui est injuncta: aliter iterum servatur in legatis, ut constat ex *L.* 29 *ff. de cond. et demonstr.* Ratio differentiae est, quod legata dependeant a sola voluntate testatoris, ac proinde ejus solius voluntas sit inspicienda, quam verosimile est talem fuisse, ut, quamprimum fieri possit, legatarius conditio-

Digitized by Google

nem impleat; sed stipulatio utriusque voluntate perficitur, et ita stipulator recte dicet se simpliciter conditionem adjecisse, nullo tempore apposito, quo conditio impleri deberet, ut dependeat a suo arbitrio quando eam implere vellet.

Sed quid si conditio consistat in non faciendo? Hic videri debet an in stipulatione tempus sit adjectum, intra quod impleri debeat, an vero simpliciter ac illimitate sit concepta conditio; si illimitato, v. g. *si in Capitolium non ascenderis decem dabis*, tunc juxta Papinianum (in *L.* 115 § 1 *et* 2 *ff. h. t.*), non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere potuerim, nec tamen ascenderim, sed tunc demum committetur stipulatio, quando certum esse coeperit me Capitolium non ascensurum; unde, cum toto tempore vitae id fieri possit, ante mortem illius, in cujus persona fuit collata conditio, ex stipulatu agi non poterit.

Aliter servatur in legatis, in quibus statim ab initio aditae hereditatis legatarius ad legatum admittitur, praestita cautione Muciana. Ratio differentiae est, quod legata relinqui soleant ex speciali affectione et amicitia erga personam legatarii; unde sane credendum non est quod testator voluerit expectari tempus mortis ejus, nam tunc nullam utilitatem aut commodum ex re legata toto tempore vitae percipere posset. Ast in contractibus quisque suo commodo studet, unde credendum est quod promissor illam conditionem adjecerit, ne toto tempore vitae ex stipulatu posset conveniri. Et haec erat sententia Proculeanorum in *d. L.* 115 § 2, a quibus dissentiebant Sabiniani, credentes quod statim atque id, quod in conditione positum fuit, fieri potuit, nec factum fuit, agi possit, quasi conditio existeret; sed Papinianus Sabinianorum sententiam ita temperat, ut tunc demum procedat, si id, quod in conditione positum est, prius in aliam stipulationem fuerit deductum, cujus firmandae causa haec posterior fuit adjecta, v. g. *Stichum dabis, si non dederis centum dabis*; si promissor interpellatus non dederit Stichum, statim ad centum conveniri poterit: si vero stipulatio a sola conditione incipiat, ita ut illud, quod in conditione positum est, nullo modo sit deductum in obligationem, tunc procedat sententia Proculeanorum. Ratio differentiae est quod quando in separatam conventionem deductum est illud, quod postea in conditione ponitur, tunc stipulatio illa conditionalis apposita est prioris firmandae causa, ex qua desumitur quod mens contrahentium fuerit ut, si promissor interpellatus rem non praestiterit, statim ad poenam conveniri possit; nam voluerunt sane contrahentes iueuodo duas stipulationes majorem vim et efficaciam huic negotio tribuere; jam autem effectus hujus non potest esse alius, quam ut dicamus promissorem, qui interpellatus rem non praestat, teneri statim ad poenam; ubi vero contrahentes unicam inivernut stipulationem conditionalem, tunc apparet talem fuisse eorum mentem, ut tunc demum committatur stipulatio, quando certum esse coeperit promissorem non facturum illud, quod in stipulatum deductum est; unde, cum tota vita promissoris hoc sit incertum, nonnisi eo mortuo, ex stipulatu agi poterit.

Quod si stipulationi de non faciendo certum tempus sit adjectum, v. g. si stipulatus sim a Titio centum, *si Stichum kalendis non dederit*, et Stichus ante kalendas sit mortuus, ita ut jam certum esse incipiat promissorem eum non daturum ante kalendas, jam statim centum in stipulatum deducta peti poterunt, ut per *LL.* 8 *et* 10 *ff. h. t.*; juxta quas tamen videtur distinguendum, an conditio sit collata in personam ipsius promissoris, an vero in personam stipulatoris vel tertii, aut etiam in aliquem incertum eventum; ut si sit collata in personam promissoris, tunc, quamvis ante diem conditioni adjectum certum esse coeperit conditionem extituram, tamen antequam ille dies advenerit, ex stipulatu agi non poterit; unde si stipulatus essem a te centum, *si kalendis Stichum non dederis*, et ante kalendas sit mortuus Stichus, ita ut kalendis amplius dari non possit, tamen ante kalendas centum peti non poterunt per *L.* 8 *ff. h. t.*, ubi J. C. addit rationem, *tota enim obligatio sub conditione et in diem collata est, et licet ad conditionem, id est, quoad conditionem committi videatur, dies tamen superest:* ratio ejus est, quod juxta J. C. illa stipulatio non tantum habeat conditionem, sed etiam diem, quod tamen mirum videri potest, cum, inspecta interna figura verborum, dies non afficiat stipulationem, sed conditionem tantum; sed J. C. credidit quod ex mente contrahentium iste dies non tantum deberet videri adjectus conditioni, sed etiam stipulationi, quia promissor parendo conditioni putuisset efficere, ne ex stipulatu deberet, idque toto tempore, quod conditioni fuit adjectum.

Si vero conditio collata sit in personam stipulatoris, vel alicujus tertii, vel in aliquem eventum incertum, tunc quamprimum certum esse coeperit conditionem extituram, ex stipulatu agi poterit, ut probat *L.* 10 *ff. h. t.* In *L. cit.* J. C. proponit quod stipulatus essem decem, si Lucius Titius ante kalendas majas in Italiam non venisset: non ante peti quidquam posse, ait, quam exploratum sit ante eum diem in Italiam venire Titium non posse; ergo a contrario sensu quamprimum exploratum esset, ante eum diem in Italiam Titium venire non posse, statim ex stipulatu agi poterit. Hujus ratio est quod ille dies, inspecta figura verborum, certe non afficiat ipsam stipulationem, sed tantum conditionem; sed nec etiam ex mente contrahentium poterit videri adjectus ipsi stipulationi, quia mens istorum ac praesertim sti-

pulatoris fuit, ut ita accelerarét eventum conditionis, et tanto facilius obligatio induceretur: v. g. stipulatus sum a te centum, *si navis intra biennium ex Asia non advenerit*, intentio mea sane fuit adjiciendo diem isti conditioni, ut tanto facilius obligatio induceretur, tantoque citius te obligatum haberem; igitur contre intentionem contrahentium foret ut, ubi conditio defecit, adhuc deberet expectari dies, qui conditioni fuit appositus, non ad remorandam obligationem, sed ad accelerandam. Haec res aliter se habet, ubi conditio confertur in personam promissoris; cum enim tunc stipulator in arbitrium promissoris contulerit eventum conditionis intra illud tempus, per consequentiam in ejus arbitrium debet videri contulisse tempus faciendae solutionis; is enim non implendo quod in conditione est positum ante illum diem, potuisset differre suam obligationem usque ad ultimum momentum ejus diei. Exceptio tamen est, nisi ipsi contrahentes in contraheoda stipulatione ostendissent se eum diem, non taotum adjicere conditioni, sed etiam stipulationi; unde non obstat *L.* 4 § 1 *ff. de condit. et demonstr.*, in qua proponitur legatum relictum hoc modo: *si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem heres Cajae dato:* et dicitur quod si Titius ante sit mortuus, non statim Cajae decem debeantur, quia scilicet ipsemet J. C. in illa lege difficultatem solvit, dum ait, quia hic articulus *tum* extremum quinquennium significat, baec enim particola demonstrat diem non fuisse adjectum conditioni, sed etiam ipsi legato, sive exsolutioni ejusdem, dixit enim testator *tum*, id est post elapsum quinquennium decem dato.

Obstat *L.* 18 § 2 *ff. de aliment. vel cibar. leg.*, in qua proponuntur servo manumittendo, si cum Sejo moreretur, alimenta relicta ab eodem Sejo praestanda, et dein testator Sejum gravaverat ut isti servo, dum ad annum 25 pervenisset, compararet militiam, si cum ante non reliquisset: supponit deinde J. C. Sejum esse mortuum, antequam servus manumissus ad eam aetatem pervenerit: et dicit servo quidem militiam esse praestandam, sed demum eo tempore, quo ad annum 25 pervenerit. ℟. Ejus baec est ratio, quod in casu legis objectae militia sit substituta in locum legati, quo alimenta relicta essent; itaque, eum in casu alimenta ei adhuc essent praestanda usque ad eam aetatem, ne utrumque simul consequatur et militiam et alimenta, ei demum post dictam aetatem militia venit praestanda.

§ XXXVI.

Quid jam si plures conditiones stipulationi fuerint adjectae? Videndum an copulative fuerint adjectae, an vero disjunctive: si fueriot adjectae copulative, tune siquidem affirmative sint conceptae, nulla est difficultas; certum enim est utramque debere existere, ut obligatio ex stipulatione oriatur, etenim copulativa affirmativa requirit veritatem utriusque suae partis, ut possit verificari; idque probat *L.* 129 *ff. h. t.*

Sed quid si conditio copulativa negative concepta fuerit, v. g. *si nec navis venerit, nec Titius consul factus fuerit, decem dabis?* Ut tali casu obligatio ex stipulatione nascatur, requiritur, ut neutrum eorum sit factum, quia ad verificationem illius conditionis id requiritur; si enim navis venerit, quamvis Titius non fiat cousul, non erit verum dicere neque Titium esse consulem, neque navem venisse; atque adeo deficiet conditio stipulationis, qua deficiente obligatio nasci non potest; idque iterum probat *L.* 129 *ff. h. t.*

§ XXXVII.

Si vero plures conditiones disjunctive fuerint adjectae, tune iterum non est difficultas: si fuerint affirmative conceptae, sufficit alterutram earum existere, ut obligatio ex stipulatione nascatur; itaque, si stipulatus sim a te decem, *si navis ex Asia venerit, aut Titius consul factus fuerit*, sufficit unum ex his evenisse: cujus ratio est, quod disjunctivo affirmativa contenta sit veritate unius suae partis; atque adeo ad verificationem ejusmodi conditionis sufficit alterutrum evenisse.

Sed quid si conditiones disjunctivae negative concipiantur, v. g. *si hominem, aut fundum non dederis, centum dare spondes*, vel etiem sic, *si navis non venit, aut Titius consul factus non est, centum dare spondes?* Tali casu sufficit alterutrum non esse factum, ut obligatio ex stipulatione nascatur (*d. L.* 129 et *L.* 13 § 2 *ff. de reb. dub.*); cujus ratio est, quod ad veritatem disjunctivae sufficiat veritas alterutrius partis, nec requiritur veritas utriusque: sic in primo exemplo, quamdiu homo vel fundus datus non est, sed tantum alterutrum, verum est dicere hominem vel fundum datum non esse; existit itaque conditio stipulationis.

Obj. Disjunctiva affirmativa contenta est veritate unius partis; ergo ubi una res est data, non potest stipulatio committi. ℟. quod assumptum praecise probet thesim; cum enim ipsa conditio sit disjunctiva, et ad ejus veritatem, ut in assumpto dicitur, sufficiat veritas unius partis, hoc ipso, quo verum erit dicere alterutrum non esse factum, existit conditio stipulationis, tanto magis quod mens stipulatoris fuerit, mediante tali stipulatione, eum cogere ad utriusque dationem.

Hinc non obstat quod, uno dato, verum sit dicere alterutrum esse datum; nam si quis hoc modo stipulatus esset, *si Stichum aut Pamphilum dederis dabis centum*, alterutro dato committeretur stipulatio; itaque et in illo casu, ne stipulatio com-

mittatur, deberet neuter esse datus; igitur si negative concipiatur conditio, ne stipulatio committatur, debet utrumquo esse datum.

Obstat quod, si quis stipulatus esset hoc modo: *hominem vel fundum dabis, et si hominem vel fundum non dederis, dabis centum*, tali casu sufficeret alterutrum esse datum, ne stipulatio poenalis committatur. ℟. Ratio hujus est, quod in casu objecto conditio sic debeat accipi, quasi stipulatio ita foret concepta: *si neque hominem, neque fundum dederis, dabis centum:* ita ut haec disjunctiva sit accipienda pro copulativa, uti adhuc saepe in jure nostro contingit, ut constat ex *L.* 153 *ff. de verb. sign.*, quando scilicet vel mens contrahentium, aut etiam ratio juris illud exigit; hic autem, quin mens contrahentium id exigat, non est dubium, cum haec posterior stipulatio poenalis subjecta sit prioris confirmandae causa, non etiam ejus augendae; jam autem in priori stipulatione id manifeste agebatur, ut tantum alterutor daretur, ergo et in secunda id debet dici actum esse.

Obj. Suppone quod ita stipulatus sim: *Stichum, vel Pamphilum, aut* 100 *dabis:* tali casu perinde est, quasi stipulatus essem hoc modo: *si neque Stichum, neque Pamphilum dederis, centum dabis*; atqui tamen Stichum solum dando, vel etiam solum Pamphilum dando, liberatur promissor; ergo similiter in vestro casu. ℟. quod assumptum in casu objecto sit negandum paucis, illa stipulatio foret resolvenda in hanc: *si neque Stichum, neque Pamphilum dederis, centum dabis*; itaque conditio sic disjunctive ac negativo concepta, *si illud vel illud factum non erit*, aequivalet huic, *si quid eorum factum non erit;* quo casu utrumque fieri deberet, ne stipulatio committatur.

§ XXXVIII.

Quandoque etiam stipulationibus poena adjici solet earum confirmandarum causa: v. g. ita stipulatus sum: *Stichum dabis, si Stichum non dederis centum dabis* vel *Bruxellas non ibis, si iveris centum dabis:* finis et scopus ejusmodi stipulationis est per eam confirmare priorem, cui adjicitur, et metu poenae adstringere debitorem, ut quod in priorem stipulationem fuit deductum, suo tempore praestet. Haec autem stipulatio poenalis apponi potest omni stipulationi et obligationi, modo id, quod in priorem stipulationem est deductum, non sit impossibile, aut turpe, vel etiam bonis moribus repugnans (*L.* 61 et *L.* 69 *ff. h. t.*).

Sed his obstat *L.* 7 *ff. h. t.*, in qua dicitur stipulationem *si in coelum non ascenderis, centum dabis* esso utilem et praesentem. ℟. quod J. C. in lege objecta non agat de casu, quo talis stipulatio tamquam poena alteri est subjecta, sed de casu, quo facta est sine relatione ad aliam, quae casu, cum sit inita sub conditione necessaria, et certo certius extitura, sane est utilis et praesens. Sed nos agimus de casu, quo talis stipulatio poenalis alteri fuit subjecta ejusdem firmandae causa, et haec altera rem impossibilem contineret, quo casu dicimus neutram valere, quia incivile est aliquem, mediante stipulatione poenali, velle cogere ad executionem rei impossibilis vel turpis.

Plane, quamvis stipulatio facta sine relatione ad aliam sub conditione negativa, quae continet factum naturaliter impossibile, subsistat, et quidem in praesens concepta intelligatur juxta *L.* 7 *cit.*, attamen non valet talis stipulatio, cujus conditio continet aliquid bonis moribus aut legibus adversum, v. g. *si patrem tuum non occideris centum dabis*, vel etiam *si me heredem non feceris centum dabis*, quamvis se non referat ad aliam praecedentem; quia talis stipulatio est per se ipsam turpis; prima enim invitat ad delinquendum, posterior contra bones mores est, ut existimabant Romani.

§ XXXIX.

Quamvis, ut jam dictum, stipulationi impossibili aut turpi stipulatio poenalis non possit apponi, attamen necesse non est, ut prior stipulatio, cujus firmandae causa stipulatio poenalis adjicitur, jure subsistat; hinc, quamvis de jure Romano nemo alteri dari quid stipulari posset, aut etiam nemo posset stipulari factum alienum, tamen tali stipulationi poterat subjici stipulatio poenalis, et sic mediante ea, indirecte obtinere quod per priorem stipulationem intendebatur (*L.* 38 § 2 et 17 *ff. h. t.*); quod satis conforme est naturae hujus stipulationis, quae interponi solet alterius confirmandae causa, scilicet, ideo non valebat prior stipulatio, qua alteri quid dari stipulatus sum, quia id mea non intererat, nec ad commodum meum privatum pertinebat, sed apposita poena, mea sane interest ut alteri detur vel non detur quod in stipulatum est deductum, quia si contra factum sit, tunc poenam consequar.

§ XL.

Effectus stipulationis poenalis est ut, si, quod in principalem obligationem fuit deductum, non sit impletum, hoc ipso stipulatio poenalis committatur, seu promissor incipiat teneri ad poenam; neque ad hoc opus est interpellatione, uti expresse decidit imperator in *L.* 12 *cod. de contr. vel committ. stip.*; quinimo, quamvis nequidem fuerint termini habiles ad committendam moram, sive stricte dictam, sive improprie dictam, ita ut nullus existeret, qui deberet quod in principalem obligationem est deductum, nihilominus poena committetur, si modo quod in principalem obligationem fuerat deductum, suo tempore praestitum non

sit, uti eleganter docet J. C. in *L.* 77 *ff. h. t.* Ibi proponit pecuniam ad diem sub poena fuisse promissam, et mortuo promissore, diem incidisse in tempus jacentis hereditatis: decidit nihilominus poenam esse commissam, si interim pecunia suo tempore data non sit; et tamen interim jacente hereditate, nullus extabat, qui pecuniam deberet aut daret ad evitandum poenae commissionem: ratio est quod independenter ab omni mora vel interpellatione, pecunia suo tempore non soluta, verum sit dicere extitisse conditionem stipulationis poenalis, ac proinde et ipsa poena ex stipulatu incipiet deberi.

§ XLI.

Plane, si per ipsum creditorem steterit, quominus promissor quod in principalem obligationem erat deductum praestaret, v. g. si noluerit rem debitam a promissore sibi oblatam acceptare, vel cum debitor solvere paratus esset, ipse abfuerit, nec procuratorem reliquerit, ita ut nullus existeret cui promissor solvere posset, stipulatio poenalis non committetur, nisi forte eodem reverso debitor fuisset in mora solvendi; quia scilicet ubi stipulator recusat solutionem, vel alio modo per eum stat, quominus, solutio fiat, res, in ordine ad evitandam poenae commissionem, pro soluta habetur, et sane, alias semper foret in potestate creditoris debitorem etiam invitum ad poenam obligare, recusando rem ex priori stipulatione debitam.

§ XLII.

Quod si non stet per creditorem, et etiam non stet per debitorem, quominus ipse praestet quod in priorem obligationem erat deductum, v. g. stipulatus sum Stichum mihi certo die dari, ante diem Stichus est mortuus, et sic amplius dari non potest, an stipulatio poenalis committetur? Et verius est hoc casu promissorem non teneri (arg. *L.* 10 § 1, item *L.* 2 § 1 *et seqq. ff. si quis caut.*): cujus ratio est, quod stipulatio poenalis primi subjiciatur ejusdem conservandae causa; jam autem Sticho mortuo ante diem, prior obligatio in totum est sublata; debet ergo hoc ipso evanescere ipsa stipulatio poenalis.

Neque obstat quod equidem existat conditio stipulationis poenalis, quia in conditionibus semper primario debemus inspicere mentem contrahentium; jam autem, ea inspecta, conditio non existit, ex mente enim ipsorum sic ista conditio debet intelligi: *si, eum promissor potuit dare Stichum, non dederit*: ast si promissor praestare potuit id, quod in priorem stipulationem erat deductum, nec praestitit, quantumcumque difficilis vel onerosa foret ejusdem praestatio, modo non sit impossibilis, semper in poenam incidet; aliquando tamen promissor, qui statuto die non fecit quod facere promiserat, liberabitur, si postea id facere offerat, quaties scilicet eo tempore, quo facere offert, non plus intersit stipulatoris, quam eo die, quo facere debuit: id contingit quando poenam quis stipulatus est loco interesse (vide *L.* 8 *ff. si quis caut.*).

TITULUS II.

DE DUOBUS REIS CONSTITUENDIS.

§ I. Quinam correi dicuntur, de correis stipulandi, et requisita ut tales dici possint.
§ II. Effectus juris correorum stipulandi.
§ III. Obligationem correorum stipulandi novatione, acceptilatione etc. extingui demonstratur.
§ IV. Si unus correorum stipulandi cum debitore pactus sit de *non petendo*, illud pactum alteri nocebit.
§ V. De correis debendi.
§ VI. Requisita ut correi debendi constituantur.
§ VII. Effectus obligationis correorum debendi.
§ VIII. Si unus correorum in solidum conveniatur, an poterit se tueri beneficio divisionis.
§ IX. An saltem sibi consulere poterit beneficio cedendarum actionum.
§ X. Quomodo cessis actionibus agere poterit correus.
§ XI. Quandonam facienda est illa actionum cessio.
§ XII. Omnibus modis solvendi obligationem vicem solutionis habentibus solvitur quoque obligatio correorum.
§ XIII. Quid si res in obligatione correorum contenta perierit.
§ XIV. An actio mota contra unum correorum impedit praescriptionem alterius.
§ XV. Creditor paciscens cum uno de non petendo, an liberat alium.
§ XVI. Si uni detulerit juramentum, vel cum eo transegerit, an hoc alteri proficiet.
§ XVII. Quid de compensatione ab uno correorum opposita.

§ I.

Duo rei dicti sunt a *re*, ex eo scilicet quod una et eadem res in obligatione plurium continetur. Sunt autem duplicis generis, nempe *correi debendi* seu *promittendi*, et *correi stipulandi* sive *credendi*: *correi stipulandi* sunt quibus una et eadem res in solidum est promissa, sic ut, quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur; et quidem hoc commune est correorum stipulandi et promittendi, quod unica praestatione seu solutione tota obligatio perimatur.

Ut correi stipulandi constituantur, requiritur primo, ut una et eadem res utrique correorum sit promissa; si autem diversa res cuique promissa sit, non intelligentur correi, sed duae distinctae videbuntur contractae obligationes; et adeo requiritur, ut a parte rei res sit prorsus eadem, quae obligatione cujusque continetur, ut, licet verbis inspectis forte videatur eadem, si tamen a parte rei sint diversae, non erunt duo correi, sed distincta obli-

Digitized by Google

gatio in persona cujusque contracta intelligetur, quam in rem inspici debet *L.* 15 *ff. h. t.*, in qua J. C. exempla elegantia proponit, ex quibus unum explicabimus. Quaerit ibi J.C., si ego et Titius ab eodem stipulati simus usumfructum ejusdem fundi, an intelligamur facti correi stipulandi? Et quidem, verbis inspectis, hoc videretur dicendum, cum ususfructus ejusdem fundi in stipulationem fuerit deductus respectu utriusque nostrum; J. C. tamen decidit nos correos non esse, nempe, quamvis inspecta externa figura verborum, res videatur eadem, quae in stipulationem fuit deducta, a parte rei tamen est diversa in persone cujusque nostrum; nam, cum ususfructus respectum mere personalem habeat, quatenus ad heredes non transeat, et personae prorsus cohaereat, elius intelligitur ususfructus in persona mea constitutus, alius in persona Titii; et sane, cum ex persona cujusque finem eccipiat ususfructus, fieri potest ut is citius finiatur in persona mea, quam in persona Titii; cum ergo diversus intelligatur ususfructus in persona cujusque nostrum, non possumus haberi pro correis.

Secundo requiritur, ut par et aequalis in persona cujusque sit contracta obligatio circa eamdem rem; unde si respectu unius personae gravior vel major sit contracta obligatio, non erunt correi; quam in rem vido *L.* 9 § 1 *ff. h. t.*

Tertio requiritur, ut una et eadem res ea mente cuique promissa sit, ut, quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, sed frequenter dubitatur quandonam id sit actum: et quidem si expresso dictum sit, non est difficultas, sed si de eo non sit facta mentio, tunc, juxta imperatorem in *princ. inst. h. t.*, videri debet an debitor cuique separatim promiserit, an vero post omnium interrogationem utrique simul et semel spoponderit se daturum vel facturum, ot priori casu alia atque alia intelligatur contracte obligatio, posteriori autem casu, in dubio id actum praesumetur, ut eorrei fiant.

Duo correi, sive stipulandi sive promittendi, non tantum per stipulationem, sed etiam per quemvis alium contractum, quinimo et per testamentum, constitui possunt, ut constat ex *L.* 9 *princ ff. h. t.*; et quidem per testamentum, si v. g. testator ita legaverit: *Titio, aut Sejo utri heres velis decem dato* (*L.* 17 *ff. de leg.* 2).

§ II.

Effectus obligationis duorum correorum stipulandi est, quod quisque correorum solidum perinde a debitore exigere possit, atque si ipse solus ae separatim eam rem a debitore stipulatus fuisset, sic tamen ut, re debita uni soluta, tota obligatio perimatur; itaque, donec debitor ab alterutro ex ipsis conveniatur, in electione ipsius est cui solvere velit; sed si semel ab uno coeperit conveniri, electionem amittit, et huic absolute solvere cogitur, nec alteri solvendo se liberare potest; unde hic est locus praeventioni, ut uter prior egerit debitorem determinate habeat obligatum.

Sed quaeret quis: cur debitor electionem, quam ante habuit, eo ipso amittat, quo per unum coeperit conveniri, jus enim alicui semel quaesitum non videtur ei posse auferri sine facto et voluntate ipsius? Ejus ratio est, quod ab initio inter contrahentes id intelligatur actum, ut eo ipso debitor electionem amittat, idque ideo, quia si debitor eam adhuc electionem retineret, in potestate ipsius esset semper eludere suam obligationem, sic nihil inter eos foret actum; jam vero actum quemvis semper sic interpetrari debemus, ut potius valeat, quam pereat; hinc ex necessitate quadam id inter ipsos ab initio actum videri debet.

Sed dicet quis, illud periculum in casu non subest, nam si forte ab uno fuerit conventus, si tunc in consequentiam electionis dicat se alteri soluturum, huic determinate solvere cogitur? Minime; cum in obligatione alternativa is, qui electionem habet, illam electionem non amittat ex eo, quod semel elegerit, sed variare possit usque ad finalem solutionem, ut constat ex *LL.* 112 et 138 § 1 *ff. de verb. oblig.*, et ita debitor ab uno conventus, licet dixisset se alteri soluturum, nihilominus posset postea ab altero conventus adhuc dicere se priori soluturum, et sic profecto in ejus potestate foret an obligetur, necne: aliud foret, si dixisset *solvam cui voluero*, ut probat *L.* 112 *princ. ff. de verb. oblig.*

§ III.

Non tantum solutione uni facta, sed etiam acceptilatione, novatione, et generaliter quocumque modo, qui obligationem, extinguit ipso jure et vicem solutionis habet, interveniente, obligatio haec extinguitur, et extincta in persona unius correorum stipulandi, intelligitur extincta in persona alterius, ut constat ex *L.* 31 § 1 *ff. de novat.*, *L.* 13 § *ult. ff. de accept.*, et *L.* 2 *ff. h. t.*; nec mirum, cum, ut jam dictum, per solutionem uni factam tota obligatio perimatur; igitur et per talem modum, qui vicem solutionis obtinet, tota obligatio debet perimi. Hinc J. C. in *cit. L.* 31 recte statuit, quod, si unus correorum stipulandi debitorem in judicio convenerit, et victus fuerit, sententia non tantum noceat ei, qui egit et victus est, sed et alteri correo; nec mirum, cum in litis contestatione interveniat novatio quaedam, quae solet dici necessaria.

§ IV.

Hinc etiam verius putem quod, si unus correorum stipulandi cum debitore pactus sit *de non petendo*, quamvis pactum non perimat obligationem

ipso jure, sed tantum per exceptionem, haec exceptio non tantum noceat ei, qui pactus est, sed etiam alteri correo.

Nec quis dicat sic facto alieno conditionem nostram fieri deteriorem, quod aequitas non patitur; nam si rem penitius inspiciamus, id dici non potest, quia si uni solutio facta foret, is totum, quod sibi solutum est, posset retinere, nec alteri quidquam ex eo communicare deberet; igitur non apparet ratio cur per remissionem, vel pactum de non petendo tota obligatio non posset extingui; et ita is debitum remittens de suo tantum, non de alieno disposuit, cum sibi in solidum obligationem acquisivisset.

Haec ita, nisi correi sint socii, tunc enim pactum unius correorum stipulandi alteri non noceret; nam is, cui solidum solutum esset, partem ejus cum socio communicare deberet; jam per pactum unius conditio alterius a parte rei redderetur deterior; si enim tale pactum initum non fuisset, cuicumque debitor solvisset, semper uterque ex ipsis partem debiti consecutus fuisset, ubi jam, si pactum alterius alteri noceret, nullam partem debiti consequeretur; ne ergo hoc contingat, alter, qui pactus non est, semper suam partem a debitore exigere poterit, juxta *L.* 27 *ff. de pactis*, in qua proinde Noodt, Faber et alii sine necessitate delent verbum *sociis*, quod habetur initio legis, quinimo illo verbo deleto falsa esset sententia J. C., ut ex jam dictis satis patet. Nec quidquam pro hac correctione facit *L.* 34 *ff. de recept. qui arbitr. etc*, in qua alius prorsus casus habetur, nempe: unus ex correis stipulandi cum debitore compromiserat in arbitrium, poenaque, ut solet, compromisso subjecta erat, nimirum quod si actor condemnatus compromisso non staret, sed iterum peteret, vel debitor condemnatus non solveret, is qui non staret compromisso, poenam praestaret: contigit ut actor condemnaretur: quaerit J. C. quid si alter correus, qui non compromiserat, debitorem conveniat, an stipulatio poenalis debeat videri commissa? Et dicit non videri commissam, nisi correi forent socii; et sane, conditio enim adjecta compromisso erat *si correus condemnatus egisset*; jam vero is non egerat, sed alter correus; deficiebat ergo stipulationis poenalis conditio.

Sed dicet quis: cur ergo committitur poena quando sunt socii? Quia quando sunt socii, cum tunc quod unus exegit eum altero communicare debeat, is qui egit, non tantum nomine suo, sed etiam nomine socii sui petiisse intelligitur; sic ergo stipulatio poenalis debet committi; itaque tantum abest, ut haec lex sententiam nostram impugnet, quin potius confirmet.

§ V.

Haec sufficiant de correis stipulandi: nunc videamus de correis debendi, qui frequentioris sunt usus etiam hodiedum. Sunt autem *correi debendi*, qui unam et eamdem rem in solidum alteri aeque principaliter promiserunt, ea mente ut, quamvis solidam singuli, unam tamen tantum omnes debeant. Hinc patet in quo differat correus a fidejussore; quamvis enim fidejussor et debitor principalis eamdem rem etiam in solidum ita debeant, ut unius solutione tota obligatio perimatur, attamen uterque non obligatur principaliter, sed fidejussor tantum obligatur accessorie: aliud est in correis debendi; uterque enim horum aeque principaliter creditori obligatur.

§ VI.

Ut correi debendi constituantur, fere eadem requiruntur, quae requiruntur, ut constituantur duo correi stipulandi, scilicet requiritur, ut una et eadem res ab utroque sit promissa, insuper ut in eam rem contraxerint parem et aequalem obligationem. Hinc J. C. in *L.* 9 § 1 *ff. h. t.* recte statuit quod, si quis in deponendo penes duos, apud unum simpliciter deposuerit, ab altero pactus sit, ut culpam in re deposita praestet, non intelligantur facti correi debendi, a quibus, inquit, *impar suscepta est obligatio*; scilicet in deposito tantum venit praestanda culpa lata et dolus; itaque is, apud quem simpliciter res deposita fuit, tantum debet praestare bonam fidem, ubi alter, quocum illud pactum fuit initum, non tantum bonam fidem, sed custodiam exactiorem praestare debet, unde sane imparem obligationem contraxere, et consequenter non possunt videri facti correi. Aliud futurum, J. C. ibidem dicit, si ab initio in deponendo convenisset, ut uterque culpam praestaret (quo nomine venit culpa levis in faciendo), postea creditor alteri ex ipsis culpam remisisset: reddit rationem: quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest, scilicet ab initio facti sunt duo correi, et quisque in solidum coepit obligari; consequenter pactum cum uno tantum initum illam obligationem in persona alterius minuere non potest. Plane, si neque in ipso objecto obligationis, neque etiam in ipsa obligatione nulla sit diversitas, si tamen aliunde aliqua diversitas adveniat ex persona forte unius correorum, id non impedit quominus intelligantur facti correi. Exemplum petamus ex *L.* 9 § 2 *ff. h. t.*, ubi proponit J. C. quod duo ex diversis locis eodem loco se daturos promiserint: Titius v. g. existens Brusellis, et Maevius Parisiis promiserunt se daturos centum Antverpiae: hoc casu Titius citius conveniri poterit, quam Maevius, nimirum quando quis certo loco aliquid se daturum promisit, ante conveniri non potest, quam tempus sit elapsum, quo commode ad locum conventum pervenire potuit; itaque cum Maevius longius di

stet Antverpia quam Titius, Titius citius conveniri poterit quam Maevius, sed tamen illa diversitas non impedit, quominus intelligantur correi; nempe illa diversitas, cum neque sit in re debita, neque in ipsa obligatione, non impedit, quominus parem et aequalem videantur contraxisse obligationem, quam diversitas illa nullo modo afficit.

Requiritur insuper, ut ea mente solidum promiserint, ut se correos constituerent; unde patet correos differre a duobus depositariis vel commodatariis, apud quos res individua fuit deposita aut commodata; quamvis enim et hi in solidum ita obligentur, ut unica restitutione aut solutione tota obligatio extinguatur, cum tamen haec obligatio solidaria non proveniat ex conventione, sed ex natura et qualitate rei, quae per partes restitui non potest, non intelliguntur facti correi, nisi illud inter ipsos aperte actum probetur, ut se correos constituant; hinc etiam fit ut, quamvis unus correorum debendi teneatur de facto alterius, unus tamen depositariorum vel commodatariorum de facto alterius non tenetur, ut postea latius.

§ VII.

Effectus obligationis correorum debendi hic est, quod quisque ipsorum in solidum perinde conveniri possit, quasi se solum obligasset, sic tamen ut unius solutione tota obligatio perimatur; quod tamen non impedit, quominus creditor pro arbitrio suo a quolibet partem petat, creditor enim utrumque in solidum obligavit in sui favorem, cui proinde poterit renuntiare pro suo libitu.

§ VIII.

Sed quid si unus correorum in solidum conveniatur, an non poterit se tueri beneficio divisionis? Ratio dubitandi est quod, si sint plures qui pro eodem debitore fidejusserunt, et unus in solidum conveniatur a creditore, is possit se tueri isto beneficio. Sed est disparitas, nempe in fidejussoribus specialiter hoc inductum fuit per epistolam divi Adriani, ex mera humanitate, quatenus plerumque creditoris non interest, an ab uno solidum, an a quolibet partem exigat: aequitas sane postulabat, ut a quolibet partem peteret, praesertim eum duo fidejussores non obligentur suo nomine, sed nomine debitoris principalis, idque tantum accessorie; igitur cum ista epistola tantum mentionem fecerit fidejussorum, non autem correorum, eam ad correos extendere non possumus, praesertim enim sit dispar ratio; nam correus non obligatur nomine alterius, sed suo proprio nomine, ita ut propriam obligationem sustineat, et quidem aeque principaliter quisque obligatur; jam vero facilius succurritur ei, qui alieno nomine, quam ei, qui suo proprio nomine obligatur.

Aliqui tamen contendunt hoc beneficium correis competere, sed infundate. Non sane competiit ante *Nov.* 99, ut constat ex *L.* 47 *ff. locat.*, sed nec etiam ex *d. Nov.* hoc beneficium eis competere constat; non enim loquitur *d. Nov.* de omnibus correis, sed nominatim de correis, qui pro se invicem fidejusserunt, ut patet ex verbis ejusdem, dum ait *alterna fidejussione obligatis*: id quoque patet ex praefatione *d. Nov.*, in qua dicit se illud, quod jam ante in fidejussoribus et mandatoribus constituerat, in *Nov.* 4 velle ampliare, et ideo praesentem constitutionem se edere: quod igitur imperator hic constituit in duobus correis alterna fidejussione obligatis non possumus extendere ad duos simplices correos; et profecto id facilius constitui potuit in duobus correis alterna fidejussione obligatis, quam in duobus simplicibus correis; illi enim non tantum propriam, sed alienam susceperunt obligationem, et ita exemplo fidejussorum facilius hoc beneficium eis potuit concedi.

Non obstat quod *Authent. h. t.* simpliciter ac indefinite loquatur; quia illa desumpta est ex *Nov.* 99, et ita ex eadem explicationem accipere debet.

§ IX.

Quamvis unus correorum in solidum conventus non habeat beneficium divisionis, eidem tamen solidum solvere parato competit *beneficium cedendarum actionum*, exemplo plurium fidejussorum, ita ut a creditore in solidum conventus petere possit, ut sibi cedantur actiones contra alterum correum, juxta *L.* 47. *locati*, item *L* 65 *ff. de evict.*, in qua dicitur *correo ad hunc finem succurri per exceptionem doli mali*, et sane; hic enim recte applicatur quod J. C. in simili quaestione ait in *L.* 38 *ff. de evict.*: *cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est*; nempe, cum creditor sine suo dispendio atque incommodo has actiones cedere possit, quae debitori summopere futurae sunt utiles, ipsi vero inutiles, aequitas postulabat, ut creditor has actiones correo cedere teneretur.

Sed quid si creditor illas actiones non amplius habeat eo tempore, quo unum correum in solidum convenit, an ex eo capite poterit repelli, quod istas actiones contra correum cedere non possit, ita ut jam non solidum, sed tantum partem a reo convento consequi possit? Et quidem certum est quod, si id contigerit sine culpa et facto ipsius, puta si unum judicialiter convenerit, et injuris judicis fuerit victus, propterea repelli non poterit: quod si id contigerit facto ipsius, v. g. ex eo quod in exemplo supra allegato male causam suam instruxisset, vel etiam, quod plus est, iniverit pactum de non petendo cum altero correo, putant plurimi

Digitized by Google

eum repelli posse, si solidum petat, et ita etiam in praxi servatur. Verius tamen est eum propterea repelli non posse; etenim, quod valde notandum, creditor ad eam cessionem non tenetur vi conventionis, sed tantum ex mera aequitate, quae in eo consistit, quod is dolose agere videretur, si actiones, quas hic et nunc adhuc habet, quaeque ipsi futurae sunt inutiles, facta solutione, debitori autem valde utiles erunt, cedere nolit, cum tamen id facere possit sine ullo sui incommodo; hinc etiam J. C. dicebat in *cit. L.* 65, quod ideo repelli posset exceptione doli; jam vero hujus doli accusari nequit creditor, dum actiones, quas non amplius habet, cedere non vult.

Nec quis dicat quod saltem dolose egerit, dum illud pactum inivit, eum sciret aut saltem scire debuit quod, eo pacto inito, non posset amplius cedere actiones contra alium correum; nam illud pactum ineundo tantum jure suo usus est, cum enim ipsi in solidum adversus unumquemque actio plene esset acquisita, potuit eam uni remittere sine injuria alterius; jam vero is qui jure suo utitur doli accusari nequit.

Nec obstat *L.* 95 § *penult. ff. de solut.*, in qua dicitur quod, si Titio mandaverim, ut Maevio pecuniam credat, isque eum Maevio pactus sit de non petendo, tunc si postea me conveniat eum repellere possim, propterea quod mihi non possit cedere actiones contra Maevium. Sed disparitas est, quod in casu objecto inter me et Titium intercedat contractus mandati, in cujus consequentiam alter alterum servare debet indemnem, quantum fieri potest sine incommodo ipsius; unde, eum id Titius non praestet, idque sua culpa, sane eum repellere potero; principium enim constans in omnibus contractibus bilateralibus est, quod is, qui vult alium cogere ad implementum contractus, eumdem prius ex sua parte debeat implere. Sed in casu nostro creditor nullo modo alteri correorum est obligatus, cum stipulatio, per quam correi constituti sunt, sit contractus unilateralis.

§ X.

Facta cessione actionum, correus, cui actiones cessae sunt, alios correos convenire poterit, et quidem pro arbitrio unum ex ipsis in solidum, deducta tamen parte sua. Itaque si sint tres correi, qui se obligaverunt ad 90, et unus conventus in solidum 90 solverit, unum ex reliquis ad 60 convenire poterit, sic tamen ut hic paratus solvere 60 ab actore possit desiderare, ut sibi actiones cedantur, quibus cessis, tertium convenire poterit in 30: quod autem prior, qui solvit, unum ex reliquis duobus ad 60 pro arbitrio suo convenire possit, inde patet quod, facta cessione, succedat in jus creditoris, qui pro arbitrio suo unum ex illis in solidum convenire poterat.

§ XI.

Haec cessio actionum facienda est ante solutionem, aut saltem in ipsa solutione, alias enim actio per solutionem extincta amplius cedi non posset: exceptio tamen est, nisi de eo convenisset in ipsa solutione, tunc enim easdem emisse intelligitur, eodem modo uti contingit in pluribus fidejussoribus.

Itaque si ista cessio facta non fuerit ante solutionem, correus, qui solidum exsolvit, nullum remedium habet, quo partem ejus quod solvit a correo recuperet: non sane ex persona creditoris, qui facta solutione nullam actionem amplius habet contra correos; non etiam ex persona sua, quia ipse cum suo correo nihil egit aut contraxit, sed tantum cum creditore. Et sane non potest ipsi competere actio mandati, quia nullum mandatum neque expressum, neque tacitum intervenit; non expressum, id enim supponitur; non etiam tacitum, quia omne mandatum, uti et omne pactum tacitum debet erui ex aliquo facto; jam vero, ut diximus, nihil est actum inter ipsos correos, sed totum quod actum est, est actum inter creditorem et quemque correum. Non etiam potest actio negotiorum gestorum competere, ut enim haec competat requiritur, ut quis negotium alterius gesserit principaliter contemplatione alterius; jam vero correus, qui solidum exsolvit, non alienum, sed suum proprium negotium gessit, idque sui contemplatione, se ipsum enim liberare voluit ab obligatione, qua ex propria persona tenebatur. Non potest etiam competere actio communi dividundo, nam ut haec competat requiritur, ut aliqua res inter plures sit communis, quod in casu non contingit.

Obstat *L.* 23 *ff. de reb. cred.*, in qua dicitur quod, si quis putans sibi servum legatum, eum alteri legatus esset, eum vendiderit, mortuo servo, verus legatarius pretium a venditore condicere possit, quasi ex re ejus factus esset locupletior; atqui, dicunt, etiam in casu correus per solutionem a priore factam est liberatus; ergo similiter ipse tamquam ex re solventis factus locupletior, partis debiti soluti condictione tenebitur? ℟. Disparitas est, quod in casu correus qui solvit, eam rem deberet, et ita ex propria obligatione solvit; si per hoc alter liberetur, id tantum contingit per consequentiam, solvens enim non intendebat alium, sed se ipsum liberare. Aliud est in casu objecto, in quo verus legatarius ratione ejus rei alteri nullo modo erat obligatus, siquidem servus ipsius esset pleno jure; unde ubi legatarius putativus, qui nil juris in eo habebat, eum vendidit, et ex pretio factus est locupletior, cum, ut supponitur, res perierit, sicque nullum amplius subsit periculum, oe evincatur, aequitas postulat, ut vero legatario actio concedatur contra legatarium putativum, tamquam ex re ejus locupletiorem factum.

Plane, si correi fuerint socii, inter ipsos actio

pro socio dabitur, qua is qui solvit partem soluti a socio recuperet; quidquid enim ex causa societatis erogatum est,per actionem pro socio pro parte repeti potest, sociis enim hac in parte aequiparari debent, qui se correos constituerunt communis utilitatis causa, v. g. si plures acceperint mutuum in usus communes, hi enim hoc ipso quamdam societatem contrahere videntur; et de talibus correis intelligenda est *L.* 2 *eod. h. t.* Hinc etiam crederem quod si res tota, ratione cujus se correos constituerunt, versa sit in unius tantum utilitatem, tunc si alter correorum solidum solverit, actionem contra alium habeat, per quam totum quod solvit repetet.

§ XII.

Non tantum solutione ab uno facta, sed et etiam novatione, vel acceptilatione uni facta, et generaliter interveniente quocumque modo liberandi ipso jure, qui vice solutionis sit, uterque correus liberatur; sed si talis sit modus liberandi ipso jure, qui non obtinet vicem solutionis, ita ut, vel obligatio tantum subtilitate juris intelligatur extincta, vel tantum persona sit exempta obligatione (*L.* 19 *ff. h t.*), sic tamen ut eadem salva maneat, quamvis unus correorum fuerit liberatus, propterea alter non liberabitur; unde, si creditor contra unum egerit, et victus fuerit, propterea non impeditur alterum convenire, quia in casu a parte rei obligatio extincta non est (*L.* 28 *cod. de fidej.*). Nec obstat quod in litis contestatione videatur intervenire quaedam novatio; quia illa novatio tantum fit in favorem actoris, non autem ut ipsi noceatur.

Hinc, ut dicit J. C. in *L. ult ff. h. t.*, si unus correorum capitis diminutionem passus sit, et ita in ejus persona obligatio sit extincta, in persona alterius subsistet; quia tunc non tam obligatio extincta videtur, quam potius persona exempta ab obligatione.

Sic iterum, si creditor uni correorum debendi successerit, et ita per confusionem respectu ipsius sit extincta obligatio, non tamen in persona alterius propterea extinguetur; quia confusio non est modus talis extinguendae obligationis, qui pro solutione habetur, sed magis subtilitate juris obligatio extinguitur, in cujus persona confusio contingit.

Intelligitur quoque *L.* 71 *ff. de fidej.*, in qua proponitur, quod aliquis pro duobus reis debendi fidejussisset, uni autem ex ipsis, uti et creditori fiscus successerat, sicque in persona unius facta erat confusio: quaerit J. C. an fiscus fidejussorem ex causa fidejussionis adhuc convenire possit: et dicit, stricto jure fidejussorem adhuc conveniri posse, si tamen conveniatur, eum posse repellere fiscum exceptione doli mali, et recte; quia per confusionem factam tota obligatio non erat perempta, sed adhuc consistebat in persona alterius correi, cui fiscus non successerat, unde tunc fiscus eum adhuc convenire potuisset, consequenter etiam fidejussorem ejus; sed tamen, quia fidejussor, quod ex sua fidejussione solvit repetere potest a debitore, pro quo fidejussit, sicque etiam id, quod praestitisset ex sua fidejussione a fisco, qui alteri correo successerat, repetere posset; hinc fiscum exceptione doli repellere poterit, is enim dolo facere intelligitur, qui petit id, quod statim eidem, a quo illud consecutus est, reddere debebit.

Nec obstat quod, solutione vel acceptilatione uni facta fidejussor liberaretur ipso jure; quia solutione facta, deficit objectum ipsius obligationis, quo deficiente nulla obligatio intelligi potest: acceptilatio autem, cum vicem solutionis habeat, quinimo imaginaria solutio vocari soleat, idem operatur; sed confusio tantum subtilitate juris obligationem extinguit, et pro solutione non habetur; unde tantum in persona istius, in qua confusio contigit, obligationem perimit.

Nec quis dicat obligationem correorum esse unicam, atque adeo ubi extincta est in persona unius, etiam debere extingui in persona alterius; nam quod dicitur obligationem correorum esse unicam, omnimode verum non est, sed tantum respectu habito ad rem, quae obligatione continetur, quatenus unica tantum sit res: de caetero respectu habito ad personas, duae prorsus distinctae sunt obligationes (*L.* 9 § 1 *ff. h. t*, *L.* 10, 19, 13 *ff. h. t.*).

Sed petet quis: quid necesse ita diligenter inquirere, an ipso jure, an vero tantum mediante exceptione liberetur? De jure Romano magna erat utilitas, propterea quod in contractibus stricti juris, qualis erat fidejussio, exceptio apud praetorem deberet proponi, ut formulae includeretur, ita ut si formulae inclusa non esset, judex pedaneus a praetore datus ejus nullam deberet habere attentionem: hodie vero non magna est utilitas, nisi forte contigisset quod fidejussor cum isto correo, cui fiscus successerat, inivisset pactum de non petendo, tunc enim, cum non haberet regressum contra fiscum, etiam fiscum exceptione doli repellere non posset.

§ XIII.

Quid jam si res, quae continetur obligatione duorum correorum, periisset? Si perierit dolo, vel culpa utriusque, vel etiam post moram utriusque, certum est utrumque ex iis adhuc teneri, mora enim perpetuat obligationem in persona morosi: similiter constat quod, si facto tertii, vel casu fortuito res perierit sine mora cujusque, utrumque esse liberatum, interitus enim rei debitae fortuito contingens sine mora debitoris debitorem liberat.

Sed quid si res perierit facto unius tantum, vel etiam post moram unius tantum? Tali casu iterum

Digitized by Google

certum est, eum, qui moram commisit, vel cujus facto res periit adhuc teneri; sed quod attinet alterum, sine cujus facto res periit, et qui non fuit in mora, distinguendum est, utrum res perierit facto unius correorum, an vero post moram unius correorum, ut siquidem perierit facto unius, nequidem alter liberetur; itaque si unus occiderit equum debitum, nequidem alter liberabitur, sed adhuc ad equum conveniri potest, juxta *L. penult. ff. h. t.*, ubi J. C. sic loquitur: *ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Ratio ejus est, quod factum unius circa rem debitam reputetur pro facto alterius; eum enim unica res obligatione utriusque contineatur, ad quam praestandam simul se in solidum obligavere, id actum intelligitur, ut quisque factum alterius praestet, quatenus eamdem obligationem simul circa eamdem rem susceperint: si vero post moram unius res perierit, alter, qui moram non commisit, liberabitur (*L. 32 § 4 ff. de usuris*). Ratio est quod, ut jam ante dictum, respectu habito ad personas sint duae distinctae obligationes; cum itaque mora committatur ex persona, non ex re, mora unius alteri non debet esse damnosa: deinde si alter moram non commisisset, certo certius is, qui moram non commisit, fuisset liberatus per rei interitum; jam certo iniquum foret, ut mora prioris huic noceat. Sed aliud est in facto unius correorum; si enim unus non occidisset, alter adhuc remaneret obligatus; unde iste non tam id agit, ne factum alterius sibi noceat, quam potius id sibi prodesse vellet.

Obj. Debitor interitu rei debitae fortuito contingente liberatur; atqui ubi unus rem debitam interimit, illud factum occisionis respectu alterius est casus mere fortuitus; ergo is debet liberari. ℟. quod quamvis admittatur, quod factum unius sit casus mere fortuitus respectu alterius, tamen, cum ab initio hoc ipso, quo se obligaverant in solidum, actum intelligatur, ut factum unius circa rem reputetur pro facto alterius, hinc quisque factum alterius in se recepisse intelligitur, ac proinde non mirum unum de facto alterius teneri.

Ex jam dictis patet quid respondendum, si objiciatur quod si tertius occidisset, uterque liberaretur; scilicet cum ille tertius cum ipsis eamdem obligationem non susceperit, non possunt ipsi videri factum tertii in se recepisse; et ita, cum illud factum sit casus mere fortuitus respectu ipsorum, sane liberari debent.

Nihil etiam facit quod unus alterum in isto facto impedire non potuit; sufficit enim quod ab initio illud factum in se recepisse intelligantur.

Obstat quod correi soleant constitui per stipulationem; stipulatio autem est contractus stricti juris, in quem nihil venit, nisi quod verbis expressum est. ℟. In omni contractu etiam stricti juris veniunt praestanda ea, quae sunt de natura ejus contractus; jam vero de natura contractus, quo duo correi debendi constituuntur, est, ut unus factum alterius in se recepisse videatur; igitur, quamvis verbis id expressum non sit, tamen praestandum veniet.

Obstat etiam quod, si sint duo depositarii, apud quos res individua fuit deposita, unus non teneatur de facto alterius, et tamen quisque ipsorum etiam in solidum tenetur, sicut unius praestatione uterque liberatur. ℟. Duo depositarii non sunt veri correi, sed tantum quasi correi; jam autem arctior est obligatio duorum verorum correorum, quam quasi correorum.

§ XIV.

Quid si creditor, instante tempore ad praescriptionem complendam praestituto, unum ex correis interpellaverit, et sic respectu ipsius praescriptio sit interrupta, an etiam censebitur interrupta respectu alterius, qui interpellatus non fuit? Hoc decidit imperator in *L. ult cod. h. t.*, ubi constituit, quod interpellatio facta uni correorum debendi, vel etiam ab uno correorum credendi respectu utriusque interrumpat usucapionem: cujus rationem hanc esse putem, quod isti actioni demum praescribatur, si per 30 annos mota non sit; jam autem ubi, vel ab uno, vel uni judicialiter interpellatio facta est, non est verum dicere hanc actionem intra 30 annos intentatam non esse; igitur eidem non potest praescribi, sed salva manere debet. Scilicet praescriptio privativa praecipue fundatur in negligentia creditoris, qui actionem suam instituere neglexit; jam vero creditor, qui unum ex correis interpellavit, non potest dici fuisse negligens in actione sua intentanda; igitur praescriptionem pati non debet. Nec quis dicat quod saltem fuerit negligens respectu alterius, quem non interpellavit; cum enim actio, quae contra utrumque competit, ortum habeat ex eadem causa, actio intelligitur esse eadem, quae contra utrumque competit, et ideo ei nullo modo potest praescribi.

§ XV.

Quid si creditor cum uno ex correis debendi fecerit pactum *de non petendo*, an id pactum etiam alteri proderit? ℟. negative, nisi sint socii (*L. 25 ff. de pactis*); per pactum enim de non petendo obligatio non extinguitur ipso jure, sed adhuc remanet, et is, qui pactus est, se tantum potest tueri exceptione pacti; jam autem haec exceptio alteri quam paciscenti non datur, nisi paciscentis intersit alterum liberari, ut constat ex titulo *de pactis*; jam autem unius correi non interest alterum liberari, eum, si unus solverit, nullam soluti partem ab alio repetere possit.

§ XVI.

Quid si creditor uni correorum debendi detulerit juramentum, vel etiam transegerit, an haec transactio, vel jusjurandum alii proderit? ℟. affirmative (*L.* 28 § 3 *ff. de jurejur.*): ratio est quod transactio, uti et praestatio juramenti, sit vice solutionis (*L.* 24 *ff. eod.*), cum contineant satisfactionem; unde, sicut solutione unius alter liberatur, sic etiam exceptio ex transactione vel jurejurando quaesita alteri proderit. Sed aliud est in pacto de non petendo; illud enim vicem solutionis non obtinet, uti contingit in transactione vel jurejurando; et sane potest fieri quod creditor uni debitum remittere velit, absque eo quod alium liberare intendat; jam autem non debet contra intentionem actoris ejus gratificatio extendi ultra personam, cui soli benefacere voluit.

Sed dicet quis, quod etiam creditor uni acceptum ferendo forte huic soli gratificare intenderit, et tamen, acceptilatione uni tantum facta, uterque liberetur. Ast disparitas est, quod acceptilatio obtineat vicem solutionis, sed non pactum de non petendo; quamvis enim in acceptilatione nihil praestetur creditori non magis quam in pacto, attamen interpretatione juris, res debita praestita intelligitur; unde etiam acceptilatio vocata fuit imaginaria solutio. Sed in pacto de non petendo, neque aliquid naturaliter praestat debitor, neque etiam fingitur praestitisse, unde certo vicem solutionis obtinere non potest.

§ XVII.

Quid si creditor uni ex correis debendi tantumdem debeat, quantum quisque correorum ipsi debet? ℟. Si tunc creditor eum conveniat, cui tantumdem debet, isque ei opponat compensationem, haec compensatio allegata non tantum alleganti proderit, sed et etiam alteri, cui creditor nihil vicissim debet: cujus ratio est quod compensatio, postquam est allegata, extinguat debitum ipso jure, sitque vice solutionis; jam autem quotiescumque unus correorum debendi ipso jure liberatur per talem modum, qui sit vice solutionis, uterque correus liberatur. Sed si creditor eum conveniat, cui nihil vicissim debet, is non poterit compensationem opponere, non sane ex persona sua, cum ei nihil debeatur a creditore, non etiam ex persona alterius, cum alterius non intersit priorem liberari.

Obstat quod compensatio sit vice solutionis, solutio autem totum debitum extinguat. ℟. Compensatio demum incipit esse vice solutionis, ubi allegatur ab eo, qui jus compensandi habet, ipsi creditori agenti; hic autem supponimus creditorem non convenisse eum, cui tantumdem deberet.

Obstat etiam quod compensatio operetur ipso jure, atque adeo debitum jam debet intelligi extinctum ante allegationem a momento, quo utrimque coepit esse debitum. ℟. Quod dicitur, compensationem ipso jure operari, ac debitum extinguere, non sic est intelligendum quasi allegatio nullo modo sit necessaria, ita ut independenter ab omni allegatione ipso jure operetur; nam ipsa allegatio absolute requiritur, ut compensatio aliquid operetur; sed ubi est allegata, habet effectum retroactivum ad id tempus, quo utrimque coepit esse debitum, ita ut, allegatione facta, debitum intelligatur extinctum ab eo momento, quo utrimque coepit esse debitum, ita ut, si forte unum debitum sit usurarium, ex eo tempore usurae currere desinant.

TITULUS III.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

Hunc titulum repete ex *Heineccii Recitationibus*.

LIBER QUADRAGESIMUS SEXTUS

—

TITULUS I.

DE FIDEJUSSORIBUS, ET MANDATORIBUS.

Materiam fidejussionis ferme integram in variis *titulis*, per quos divagatur, exposuimus; itaque, ne dicta repetantur, pauca hic subjiciemus. Videbimus

§ I. An, debitara principali pure debente, possit fidejussor in diem, vel sub conditione accipi.
§ II. An sub diversa conditione.
§ III. Si debitor simpliciter promiserit, an fidejussor ita accedere potest, ut promittat se soluturum certo loco.
§ IV. Uxor in securitatem dotis fidejussorem a marito recipere non potest.
§ V. An in delictis potest dari fidejussor.
§ VI. Si fidejussor ab initio non sit idoneus, an creditor potest petere alium fidejussorem.
§ VII. Effectus fidejussionis.
§ VIII. An fidejussor tenetur ad usuras summae promissae.

§ I.

Quid si debitor principalis deberet pure, an possum fidejussorem accipere in diem, vel sub conditione? ℟. affirmative, sic enim levior fit causa fidejussoris: nec obstat quod alia sit obligatio pure contracta, alia conditionalis; quia demum existente conditione fidejussor obligatur, tunc autem in se suscipit eamdem obligationem, qua tenetur debitor principalis: non tamen econtra, si debitor principalis sub conditione, vel in diem promiserit, fidejussorem pure accipere possum, sic enim in duriorem causam foret obligatus.

Digitized by Google

§ II.

Sed quid si sub diversis conditionibus promiserint? Tunc videndum utra conditio prius extiterit: ut siquidem prius extiterit conditio promissionis debitoris, fidejussor obligetur existente conditione fidejussionis, jam enim apparet eum non fuisse acceptum in aliam obligationem: si vero prius extiterit conditio fidejussionis, dum adhuc pendet obligatio debitoris principalis, fidejussor non obligabitur, quamvis postea existat conditio obligationis principalis, jam enim in duriorem causam fidejussor esset acceptus. Plane si debitor principalis sub conditione promiserit, et fidejussor simpliciter intercesserit, sub eadem conditione fidejussisse intelligetur, ideoque fidejussio consistet.

§ III.

Quid si debitor principalis simpliciter promiserit, fidejussor autem certo in loco se soluturum promiserit? Fidejussor non obligabitur, ut ait J. C. in *L.* 16 § 1 *ff. h. t.*, ubi etiam rationem adjecit: quod scilicet is, qui certo loco dare promisit, aliquatenus duriori conditione obligetur, quam si pure interrogatus fuisset; nempe cum pro varietate locorum varient pretia mercium et rerum, fieri posset, ut in eo loco merx plus valeat quam in alio; deinde deberet fidejussor eum locum accedere, ut ibidem solvat, ubi debitor principalis ubicumque existat, solvere posset. Ex eadem ratione, si debitor certo loco dare promiserit, fidejussor alio, corrumpitur fidejussio, cum enim locus ille faciat partem obligationis, alia, atque alia a quoque ex ipsis videretur contracta obligatio: si autem fidejussor eodem loco se soluturum promiserit, valebit fidejussio. Caetera huc pertinentia repete ex titulo *de eo quod certo loco etc.*

§ IV.

Aliquando contingit ut, quamvis praecedat et naturalis et civilis obligatio, fidejussor dari non possit. Sic uxor a marito non potest accipere fidejussorem, stante matrimonio, pro restitutione dotis, ut constat ex toto tit. *cod. ne fidej. vel mandat. dotium dentur:* rationem ibi allegat in *L.* 2 imperator, *ne causa perfidiae in connubio eorum generetur*, quibus verbis hoc vult imperator: hoc ipso, quo uxor a marito fidejussorem acciperet, ostenderet quod ei satis non fidat, sed malit alienam fidem sequi, quod saepe praeberet occasionem, et ansam rixarum et dissidiorum, ad quae praecavenda merito constituit imperator, ne in causa illa fidejussores admittantur. His accedit quod, cum uxor se totam commiserit fidei mariti sui, seque potestati ejus subjecerit, inconveniens sit, ut eidem non committeret dotem, sed de restitutione diffideret. Haec tamen ita, si stante matrimonio fidejussor detur; nam eo dissoluto per divortium, vel per mortem, fidejussor pro restitutione dotis dari potest, ut constat ex *L.* 7 *ff. de except.*, in qua monet J. C. quod, quamvis maritus conventus ad restitutionem dotis gaudeat beneficio competentiae, eodem tamen non gaudent fidejussor: idem servatur, si dos non uxori, sed alteri restituenda sit; tunc enim pro restitutione ejus a marito fidejussorem accipere poterit, cessante ratione ante dicta.

Quamvis uxor a marito non possit accipere fidejussorem pro restitutione dotis, attamen ipso maritus ab uxore potest accipere fidejussorem pro solutione dotis, quia publice expedit mulieres esse dotatas; compertum enim est mulieres indotatas facile sperni a maritis, et licet hic quoque militet ratio perfidiae, quam in casu mariti allegat imperator, causa dotis tamen Romanis potentior visa fuit.

Sed quid si fidejussorem maritus sponte offerat, an tunc poterit admitti? Et verius est nequidem hoc casu fidejussorem dari posse; etenim imperator in toto *tit. cit.* non distinguit, sed generaliter ac indefinite loquitur, et rationes praedictae aeque militant in hoc casu, ac dum ipsa uxor fidejussorem petit a marito.

An igitur pro restitutione dotis maritus poterit dare pignus? R'. affirmative; quia in pignore uxor non sequitur alienam fidem, sed mariti; et sic rationes praedictae cessant.

§ V.

An potest dari fidejussor in delictis? Si agatur de delicto committendo, v. g. fidejussor promittat alicui indemnitatem ratione delicti committendi, fidejussor dari non poterit; secus vero, si fidejussor ita detur, ne delictum committatur, ut scilicet in casu, quo delictum commissum fuerit, is, cui damnum datum est, fidejussorem ad indemnitatem conveniat: priori scilicet casu fidejussio invitaret ad delinquendum, posteriori econtra a delinquendo deterret. Si vero agatur de delicto jam commisso, tunc videndum est, an agatur civiliter, et ad poenam pecuniariam, an vero agatur criminaliter et ad poenam corporalem: priori casu fidejussor utiliter dabitur, non item posteriori; publice enim interest malefactores ferre poenam delicti, quam evitarent, si fidejussor ex fidejussione poenam subiret, cum nulla posset competere repetitio: deinde nemo dominus est suorum membrorum, et ita pro alieno delicto non potest se obligare ad poenam corporalem, id enim juri naturae adversatur.

§ VI.

Quid si creditor fidejussores, quos idoneos cre-

debat, acceperit, postea autem innotescat eos fuisse imidoneos, an alios fidejussores petere poterit? R. negative, idquo indistincte, sive agatur de satisdatione praetoria, sive de satisdatione conventionali (*L.* 3 *ff. h. t.*, *et L.* 3 § 3 *ff. ut in poss. legat.*): cujus ratio est, quod creditor ipsorum fidem ab initio fuerit secutus, et proinde inconveniens esset illorum fidem postea improbare; et ideo ***suae facilitati expensum ferre debet creditor***, ut ait J. C. ***in cit. L.*** 3, ***quod minus idoneos fidejussores acceperit; neque enim oportet per singula momenta onerari eum a quo satis petitur.***

Quid si fidejussores ab initio essent idonei, sed postea culpa sua, vel casu fortuito coeperint esse inidonei, an alios fidejussores petere poterit? Hic distinguendum est inter satisdationem conventionalem, et praetoriam; ut siquidem agatur de satisdatione conventionali, alii peti non possint; debitor enim, qui se obligavit ad dandos fidejussores, in totum obligatione sua defunctus est, hoc ipso, quo creditor fidejussores ab eo datos admisit; sed si agatur de satisdatione praetoria, alii peti poterunt, quia satisdationes praetoriae nituntur auctoritate praetoris, et ideo ex mente ejus interpretationem capiunt: praetor antem satisdationem jubens interponi id agit, ut in omnem casum consultum sit creditori; itaque, mente ejusdem inspecta, si ex postfacto fidejussores inidonei fiant, alii de novo dari debent.

§ VII.

Effectus fidejussionis est, quod creditor ipsum fidejussorem ad totum debitum, in quod fidejussit, convenire possit, si debitor non solvat, ita ut ante Justinianum in ejus arbitrio esset, quem primo loco convenire vellet, an debitorem an fidejussorem; neque hoc mirum, cum fidejussor simpliciter fidejubendo totam obligationem debitoris principalis in se suscipiat, praesertim cum fidejussio mediante stipulatione contrahatur, quae stricti juris est, et in quam nihil venit, nisi quod verbis stipulationis expressum est. Hinc etiam fidejussor ex sua fidejussione stricte tenetur, nec ad aliud conveniri potest, quam ad id, quod verbis ipsius fidejussionis continetur; unde si debitor principalis forte propter suam contumaciam fuerit mulctatus, fidejussor tamen ad nullam mulctam vel poenam tenebitur (*L.* 68 *ff. h. t.*). Similiter si forte debitor principalis, cum rem debitam restituere nollet, propter suum dolum in litis aestimationem sit condemnatus, fidejussor non ad hanc aestimationem quanti plurimi, sed tantum ad veram aestimationem poterit conveniri, ut probat *L. ult. ff. h. t.*; hoc enim, ut J. C. ait, non debet imputari fidejussoribus, nempe illa aestimatio quanti plurimi non provenit ex ipsa obligatione, qua debitor ab initio tenebatur, sed ex condemnatione judicis, qui reum dolose reluctantem rei restitutionem ex officio in hanc aestimationem condemnavit; jam autem fidejussor tantum fidejussit in id, quod debitor principalis ab initio debebat, non etiam in illud, in quod ex postfacto propter suam contumaciam vel dolum per judicem posset condemnari.

Huc referri posset *L.* 8 *ff. de eo quod certo loco*, sed eam explicavimus sub dicto *titulo*.

§ VIII.

Quid igitur si fidejussor fidejusserit in centum, an etiam tenebitur in usuras, ad quas forte debitor principalis teneri coepit? Et siquidem debitor principalis teneatur actione stricti juris, sane fidejussor ad eas non tenebitur, nisi eas nominatim promiserit; nam nec debitor principalis ipsemet ad eas tenetur in negotiis stricti juris, nisi eas nominatim promiserit. Si vero debitor teneatur actione bonae fidei, tunc si fidejussor simpliciter centum promiserit, nulla facta mentione de usuris, quamvis forte debitor propter suam moram ad usuras coeperit teneri, fidejussor tamen non tenebitur. Sed si fidejussor non simpliciter centum promiserit, sed vel nominatim usuras promiserit, quo casu nullum est dubium, vel etiam fidejusserit pro toto contractu, ad usuras tenebitur: huic casui spectat *L.* 68 § 1 *ff. h. t.*, ubi proponitur quod aliquis fidejusserit in centum annua pro conductore vectigalium: fiscus, cum debitor non solveret, ejus bona occupaverat, et cum ex illis sibi satisfacere non posset, fidejussorem conveniebat tam in sortem, quam in usuras: respondet J. C.: quod lecta subscriptione fidejussionis, quoniam in sola centum annua se obligaverat fidejussor, non in omnem conductionem, fidejussor ad usuras non teneatur; igitur si se in omnem conductionem, sive pro tota conductione obligavisset fidejussor in usuras teneretur. Haec aliter se habent in satisdatione praetoria; in his enim fidejussor etiam ad usuras tenetur, ut constat ex *L.* 10 *ff. rem pupill. vel adolesc. salv. fore*, item ex *L.* 1 § 13 *ff. ut legat. seu fideic.*; et sane praetor jubens satisdationem interponi, id agit, ut quam plenissime fieri potest, ei, cui per fidejussionem consultum vult, prospectum sit.

His non obstat quod mora debitoris noceat fidejussori; quia mora debitoris tantum nocet fidejussori ad perpetuandam, non vero ad augendam obligationem fidejussoris; non debet ergo mora debitoris id efficere, ut ex usuris incrementum accipiat obligatio fidejussoris.

Beneficia fidejussorum exposuerunt *Heineccius tit. XXI. lib. III. Recit.*, et alii.

TITULUS II.

DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

§ I. Quid sit novatio, et quomodo dividatur.
§ II. Variationes quas subiit novatio.

§ I.

In hoc titulo agitur de modo extinguendae obligationis per substitutionem alterius obligationis in locum prioris, quae vocatur *novatio*, quam J. C. in *L.* 1 *ff. h. t.* definit *prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio*, ita ut prima extinguatur obligatio.

Novatio dividitur in *voluntariam* et *necessariam*: *voluntaria* est, quae libera partium conventione fit, et haec est proprie dicta novatio, ad quam solam pertinet definitio ante data: *necessaria* est, quae induc itur per litis contestationem, postea secuta sententia, et haec est improprie dicta novatio, quae oritur ex quasi contractu interveniente in litis contestatione; unde, quia litis contestatio fit inter invitos, etiam vocata fuit necessaria.

§ II.

Novatio proprie dicta olim fiebat mediante stipulatione: jure novo etiam pacto nudo inducitur. Jure vetori poterat novatio colligi ex praesumptionibus et conjecturis, ita tamen ut, si fieret inter easdem personas (potest enim novatio, vel inter easdem personas, vel diversas fieri, mutata scilicet persona debitoris, vel creditoris), non facile praesumeretur, nisi aliquid novi intervenisset in secunda obligatione, v. g. adjiceretur conditio, dies, aut fidejussor, vel pignus, aut haec detraherentur (§ 3 *inst. quib. mod. toll. oblig*): animus autem novandi facilius praesumebatur, quando mutabatur persona aut creditoris aut debitoris, quia haec mutatio personae de se aliquam novationem sapit; nec tamen hoc solum sufficiebat, sed insuper requirebatur, ut in secunda stipulatione adesset animus novandi.

Ast Justinianus in *L. fin. h. t.* constituit, non alias deinceps intelligi debere novationem intervenisse, quam si contrahentes diserte hoc expresserint. Verum moribus hodiernis verius est hanc Justiniani constitutionem exolevisse, adeo ut hac in parte jus vetus sequamur, et sane; si enim adeo verisimiles ac urgentes sint conjecturae, ut ex iis perspicuum sit contrahentes voluisse a prima obligatione discedere, quare novationem inductam non diceremus, cùm translatitium sit, tacite aeque ac expresse contrahi posse.

§ III.

Potest itaque novatio fieri inter diversas personas, vel mutata persona creditoris, vel mutata persona debitoris; si fiat mutata persona creditoris, debet intervenire consensus primi creditoris, ne alias is invitus obligationem suam amittat; si vero novatio fiat mutata persona debitoris, tunc non est opus consensu primi debitoris, sed tam eo volente, quam ignorante, aut etiam dissentiente, novatio fieri potest, quia nempe potest quis alium etiam invitum vel nolentem liberare; idque docet J. C. in *L.* 8 § *ult. ff. h. t.*

Quando mutata persona debitoris novatio fit debitore consentiente, tunc solet vocari *delegatio* (*L.* 11 *ff. h. t.*); eaque frequentem usum habet, quando quis est debitor alicujus ad certam quantitatem, et alterius creditor ad similem quantitatem, vel etiam in majorem, tunc ad evitandam realem solutionem, debitorem suum creditori volenti deputat ad solvendum; unde tunc eorum omnium consensus requiritur, qui isti negotio interveniunt, nimirum primi creditoris, item delegantis, ac delegati: *delegans* vocatur ille, qui deputat debitorem creditori suo, et debitor vocatur *delegatus*.

Quando novatio fit mutata persona debitoris sine voluntate primi debitoris, tunc ista novatio solet vocari *expromissio*, sic tamen, ut etiam in delegatione expromissio interveniat; scilicet, *expromissio* vocatur actus ille, per quem aliquis promittit quod alter debet eidem stipulatori, *delegatio* vero vocatur actus ille, per quem debitor creditori suo alium deputat, et designat solvendo.

§ IV.

Ad omnem novationem generaliter haec tria requiruntur: primo, obligatio praeexistens, secundo, obligatio subsequens, in quam prior transfundatur, et tertio, animus novandi, qui animus jure Justinianeo non amplius praesumitur interveniss e, nisi in secunda stipulatione nominatim sit dictum quod, vel intendant facere novationem, vel obligationem in locum alterius substituere.

Primo ergo requiritur obligatio praecedens, quae novetur; qualiscumque autem sit illa prior obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu perficiatur, nihil interest (*L.* 1 § 1 *ff h. t.*). Nec mirum etiam naturalem tantum obligationem sufficere, ut secunda novet priorem; cum tunc praesertim soleat creditor facere novationem, quando non satis confidit priori obligationi, aliamque mavult sub-

stituere in locum prioris, per quam sibi melius consultum credit. Non interest etiam, an prima obligatio sit pura, an vero conditionalis, aut in diem; sic quidem ut, si prima obligatio sit pura, vel in diem certum, statim fiat novatio a momento interpositae secundao stipulationis; si autem prima obligatio sit conditionalis, vel in diem incertum, non statim fit novatio, sed tuoc demum ubi extiterit conditio prioris obligationis; omnis enim novatio praesupponit aliam obligationem praecedentem, quae novetur; jam autem quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non est debitum; igitur nec ante potest fieri novatio; et hic est easus quo ipsa obligatio in eodem momento, quo osscitur, extinguitur (*L.* 14 § 1 *ff. h. t.*).

Requiritur etiam, ut existat alia obligatio, in quam prior transfuodatur: quid ergo si secunda stipulatio sub conditione sit concepta novandi animo, an statim fiet novatio? Non sane, sed tunc demum ubi conditio secundae stipulationis extiterit; ut enim novatio fiat requiritur, ut existat alia obligatio, in quam prior transfundatur; obligatio autem conditionalis ante eventum conditioois non est vera obligatio.

§ V.

Sed quid si forte pendente conditione, vel die incerto secundae stipulatiouis, res ex priori obligatione debita desierit extare in rerum natura? Siquideoi res perierit casu mere fortuito, ita ut non amplius existat tempore existentis couditionis, non fiet novatio, quamvis postea conditio secuodae stipulationis existat: cujus ratio est, quod sine re, quae debeatur, non posset intelligi obligatio.

Si perierit culpa debitoris, vel etiam post moram ejus, et postea facta sit novatio, distinguendum est, an novatio sit facta cum eodem debitore, an vero cum diversis. Si facta sit novatio cum diversis, rursus non fiet novatio existente conditione, cum non inveniatur res, quae ex secunda stipulatione debeatur, et ita existente conditione nulla obligatio nasci potest. Si vero novatio facta sit cum eodem debitore, tunc, quamvis pendente conditione res perierit post moram jam inde commissam, tamen tempore existentis conditionis fiet novatio: cujus ratio est quod, quamvis res ipsa non amplius existat, attamen propter moram debitoris adbuc existere fingitur; hic enim est effectus morae, ut perpetuet obligationem, adeo ut, si forte res perierit casu fortuito, perinde adbuc teueatur, quasi non periisset; et ita cum fictio idem operetur in easu ficto, quod veritas in casu vero, perinde novatio continget atquo si res adbuc oxisteret, ut per *L.* 31 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eamdem sub conditione noeandi animo ab eodem stipuler:* proponit J. C novationem eum codem sub conditione factam, prosequitur: *manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit. nisi si per promissorem steterit, quominus daret*, hoc est, nisi debitor fuerit iu mora: intellige ante secundam stipulationem, post eam enim, donec conditio existeret, non potuit moram committere: prosequitur: *ideoqua si hominem mihi dara te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris, et si prius quam decederet, cum jam mora facta sit, eumdem a te snb conditione stipulatus fuero et servus postea decesserit, deinde conditio extiterit, cum jam ex stipulatu es mihi obligatus, novatio quoque fiet.*

Non obstat *L.* 56 § *ult. ff. de verb. oblig.*, in qua dicitur: *si hominem quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, Sejus existenta conditione non obligabitur;* nam in illa lege J. C. agit de casu, quo novatio facta erat cum diversis: mora quidem perpetuat obligationem, sed tantum respectu illius, qui moram commisit, non etiam respectu aliorum; unde, si postea res debita perierit casu fortuito, in persona secundi promissoris non poterit oriri obligatio, utpote deficiente re, in quam obligaretur.

Obstat etiam *L.* 14 § 1 *ff. h. t. in fiua*, in qua J. C. dicit quod, si novatio facta sit sub conditione, et pendente conditione persona promissoris fuerit deportata, existente postea conditione, nulla contingat novatio: reddit rationem, *quoniam tunc cum extitit conditio non est persona quae obligatur;* jsm autem non magis potest consistere obligatio sine re, quae debeatur, quam sine persona, quae debeat. ℟. Ratio est, quod ubi persona promissoris fuit deportata, tunc nulla sit persona neque vera neque ficta, quao obligetur; sed quando res debita periit post moram prioris debitoris, quamvis res naturaliter non extet, attamen adbuc existere fingitur propter moram debitoris.

Sed quaeret quis rationem, cur potius res existere fingatur, quam persona in casu deportatiouis? Quia persona in casu deportationis inutiliter fingeretur existere, cum nulla sit alia persoua, quae in locum prioris substituatur ad subeundam ejus obligationem; sed in casu, quo res periit post moram, superest aestimatio, ad quam praestandam loco rei debitae promissor potest obligari.

Obstat *L.* 72 § 1 *ff. de solut. et lib.*, in qua J. C. sic loquitur: *cum Stichum mihi deberes, at in solvendo moram fecisses. sub conditione eum promisisti, pendente ea Stichus decessit:* proponit ergo praecise casum nostrum, tunc subjicit: *videamus an, quia novari non potest prior obligatio, petitio servi competat ea, quae competeret si non intercessisset stipulatio*; videtur ergo decidero novationem in casu contingere non posse. ℟. Mioime; J. C. enim illa verba tantum adjecit per modum dubitationis et objectionis, ut satis appa-

Digitized by Google

ret ex sequentibus: *sed in promptum contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse.*

Sed haec ultima verba magis difficultatem augent quam priora, J. C. enim dicit per secundam stipulationem moram esse purgatam: quod si verum sit, nec jam existente conditione poterit fieri novatio, cum res, ut supponitur, interim perierit, et sic non amplius extet res debita, et cum mora juxta J. C. sit purgata, nec etiam ipsa fingitur existere; igitur nulla ratione videtur posse fieri novatio. ℟. quod J. C. in lege objecta agat de casu, quo res esset praesens tempore interpositae secundae stipulationis; aat nos supponimus rem esse absentem; scilicet, quando res est praesens tempore factae novationis, tunc creditor novando intelligitur rem illam pro oblata habuisse, et ita cum per oblationem mora purgetur, etiam tunc per secundam stipulationem interpositam mora purgari debet; sed cum res absens offerri non possit, non potest per secundam stipulationem res videri oblata per debitorem, et creditor eam habuisse pro accepta, mediante hac stipulatione; unde tunc mora non purgatur.

Sed J. C. in lege objecta nullam mentionem facit de re praesente. ℟. Verum, licet hoc expresse non dicat, tamen satis colligitur ex verbis ejus rem fuisse praesentem, praesertim si *d.* § 1 jungatur § 3 *ejusd. L.* In fine § 1 dicit *nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari;* satis ergo insinuat hic aliquid intervenisse, quod simile sit oblationi, et effectum ejus habeat, quod dici non potest, nisi res sit praesens. In *d.* § 3 autem agitur de servo furtivo, et quaerit J. C. quid, si dominus eum a fure stipulatus sit sub conditione: et dicit, quod tali casu non possit rationi, quam supra reddidit, locus esse: reddit rationem: *non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi potest.* Hic notandum quod fur sit in perpetua mora respectu rei furtivae; unde examinabat J. C. an per secundam stipulationem mora possit dici purgata, juxta ea quae ante dixerat, et dicit non posse videri purgatam, quia, cum servus furtivus esset absens, is non posset videri oblatus; igitur in antecedentibus supponebat rem debitam esse praesentem.

Obstat *L.* 14 *in fine ff. h. t.*, in qua J. C. sic ait: *unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat:* dicit ergo per secundam stipulationem moram esse purgatam, ideoque nec fieri novationem. ℟. Iterum hic agitur de casu, quo res esset praesens, ut patet ex eo quod hoc referat ex Marcello; jam autem, ut constat ex *d. L.* 72 *cit.*, Marcellus distinguebat, an res esset praesens, an vero absens.

§ VI.

Quaeritur an debitor, pendente novationis conditione solvens, solutum, tamquam indebitum, condicere possit? Distinguendum est, an novatio facta sit inter easdem personas, an vero inter diversas; ut siquidem inter diversas facta sit, repetitio soluti tamquam indebiti competat; ex quo patet priorem obligationem non remanere puram, alias enim non posset competere repetitio. Si vero novatio facta sit cum eodem debitore, tunc iterum distinguendum utrum in secunda stipulatione res alia contineatur, quam in prima, an vero prorsus eadem; ut si quidem diversa res obligatione contineatur, competat repetitio, cum sit incertum, donec conditio existat, an res illa debeatur; si vero eadem res utraque obligatione contineatur, tunc repetitio non competet. Nec obstat quod etiam incertum sit ex qua obligatione debeatur; nam semper verum est quod res soluta ex alterutra causa debeatur, existente enim conditione debebitur ex secunda, deficiente vero conditione ex prima debebitur; quoties enim certum est debitum iri, repetitio soluti non datur (*L.* 60 *ff. de condict. indeb.*). Illud quoque non interest, qualis sit prior obligatio, an naturalis tantum, an naturalis et civilis simul, sola tamen civilis non sufficit; et ita si mulier pro alio expromiserit, cum tuta sit exceptione Vellejani, et sic non obligetur, pristina obligatio perdurabit.

§ VII.

Quod si pupillus proprium debitum novaverit sine tutoris auctoritate, non aliter valebit novatio, quam si novando meliorem fecerit conditionem suam (arg. *L.* 3 et 20 § 1 *ff. h. t.*); si vero alienum debitum novaverit, jam indistincte valebit novatio; nam quod dicitur, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem nequidem naturaliter obligari, tantum verum est respectu ipsius pupilli, nam respectu aliorum naturaliter obligatus intelligitur (*L.* 4 § 1 *ff. h. t.*).

§ VIII.

Opportune hic quaeri potest, an per stipulationem poenalem alteri obligationi adjectam prior novetur? Et verius est novationem non contingere; poena enim adjicitur prioris obligationis firmandae causa, ut creditor tanto certior sit se consecuturum illud, quod in obligationem deductum est; et ita contra scopum creditoris foret, ut prior obligatio novetur, cum tunc ex ea amplius agere non posset (*L.* 115 § 2 *ff. de verb. oblig.* in verbis: *sed etsi ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut*

pecunia petatur); ergo si id eantum non esset, non soluta pecunia, homo peti posset, atque adeo per stipulationem poenalem non esset facta novatio. Item quoque probat *L.* 28 *ff. de act. empt.*, in qua dicitur: *praedia mihi vendidisti, et conveni ut aliquid facerem, quod si non fecissem, poenam promisi: respondit venditor antequam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest*; jam autem si facta esset novatio, ex vendito amplius agere non posset, sed tantum ex stipulatu ad poenam.

Obstat *L.* 44 § *ult. ff. de oblig. et act.* In illa ait J. C. *sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum utrum duae stipulationes sint pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est*: dicit ergo quod, existente conditione stipulationis poenalis, secunda transferat in se priorem, et quasi prioris novatio fiat. R. Notandum J. C. non dicere *veram* novationem fieri, sed *quasi novationem*; scilicet particula *quasi* denotat improprietatem; unde in lege objecta prior obligatio non perimitur, ut fit in vera novatione, sed remanet, quod etiam J.C. satis insinuat dum ait *an vero transferat in se*; non ergo perimitur, sed transfertur in secundam. Hoc nimirum voluit J. C. quod, existente conditione stipulationis poenalis, si ex eadem actum fuerit, non possit amplius ex priori stipulatione agi in solidum, sed prius subduci debeat illud, quod ex stipulatione poenali est consecutus, ita ut tantum reliquum exigere possit. Idem dicendum, si prius actum fuerit ex stipulatione principali, et postea ageretur ex stipulatione poenali, iterum subduci deberet quod ex priori stipulatione fuisset consecutus, et hoc sensu J. C. dixit, quasi novationem fieri, et stipulationem poenalem in se transferre priorem.

Non obstat *L.* 24 *ff. quando dies leg. ced.*, in qua dicitur quod, si testator legaverit penum, et nisi data fuisset, centum, penu non data, sola centum debeantur; quia specialiter hoc in casu objecto receptum est ex praesumpta voluntate testatoris, quae ex natura penus legatae colligitur; scilicet in penu continentur ea, quae esui et potui destinata sunt, et ita penus legatur ad alimentationem; unde creditur testatorem voluisse, ut si penus data non esset suo tempore, praestarentur centum, ut legatarius ex iis alimentationi suae prospiceret. Hoc sane non debet extendi ad stipulationem, caeterosque contractus, in quibus non ad unius tantum voluntatem, ut fit in testamentis, sed ad duorum aut plurium consensum; jam autem creditor sane voluit, mediante stipulatione poenali, fortius adstringere debitorem, et ita certo noluit facere novationem.

An igitur, existente conditione stipulationis poenalis, creditor et ad illud quod ex priore stipulatione debebatur, et ad poenam agere poterit? Et distinguendum inter stipulationes dandi, et faciendi; scilicet, in stipulationibus dandi ad utrumque agi potest, non autem in stipulationibus faciendi; quia in stipulationibus faciendi, lapso tempore quo factum poni potuit, potest directo agi ad interesse, quod interesse, cum sit difficilis probationis, in ejus locum intelligitur substituta stipulatio poenalis; et ideo existente conditione stipulationis poenalis, creditor, qui prius egit ad factum vel interesse, adhuc ipso jure potest petere poenam; sed tamen, nisi patiatur subduci id, quod ex priore stipulatione consecutus est, repelletur exceptione doli mali. Haec ratio cessat in stipulationibus dandi, in quibus non potest agi ad interesse, sed tantum ad rem; unde illa stipulatio poenalis non potest videri substituta in locum rei, vel interesse, cum interesse tantum oriatur post condemnationem judicis, nec ante ad illud agi possit, et tamen simul ac res suo tempore tradita non est possum agere ad poenam; ex quo patet, quod non possit poena hic intelligi in locum interesse, quia si esset in hujus locum subjecta, non possem ad eam agere ante condemnationem judicis, quia surrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum surrogatum est.

§ IX.

Novare potest omnis ille, qui est creditor, et habet liberam rerum suarum administrationem; unde adjectus solutionis causa novare non potest, quia non est creditor (*L.* 10 *ff. h. t.*); servus, filiusfamilias nequidem in re peculiari novare possunt, quamvis ex ea causa recte iis solvatur (*L.* 25 *ff. h. t.*); procurator quoque, licet etiam recte ei solvatur, novare non potest; tutor tamen et procurator generalis, cum personam pupilli vel domini repraesentent, novare possunt.

§ X.

Effectus novationis est quod prior obligatio perimatur, et alia in ejus locum substituatur; nec tantum ipsa obligatio perimitur, sed et etiam accessiones ejusdem, sicut et omnes effectus ex priori obligatione nasciturі; hinc mora circa priorem obligationem commissa effectu suo destituitur, nisi novatio conditionalis foret, quo casu, si pendente conditione ejus, res pereat, cum tunc novatio fieri non possit, prior obligatio omnes suos habebit effectus; unde consequens est, quod si novatio pure facta sit, priori autem obligationi poena adjecta sit, quae in novatione expressa seu repetita non est, et ea evanescet: idem dicendum de fidejussione et pignore in secunda obligatione, seu novatione non repetita.

§ XI.

Novatio *necessaria* inducitur per litis contesta-

tionem, oriturque ex quasi contractu, qui in ipsa litis contestatione intervenit; actor enim et reus litem contestando censentur tacite promittere quod stabunt judicis sententiae, qualiscumque fuerit; unde,secuta sententia,novatio facta intelligitur ab eo tempore, quo lis fuit contestata, et sententia postea lata ad illud tempus retrotrahitur.

Illud autem notandum, quod illa novatio fiat in favorem actoris; unde fidejussores et pignora manent obligata, usurae antea debitae currere pergunt, actio, si forte fuerit privilegiata, talis remanet, quae omnia, ut in § superiori dixi, aliter se habent in novatione voluntaria(Vide *L.* 29 *ff. h. t.*).

TITULUS III.

DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

Plura circa hanc materiam,et generatim modos tollendi et extinguendi obligationes, disce ex *Recit. Heinecc. tit.* 30 *lib. III.* Curiosiora hic exponemus, et ideo tradenus

§ I. Distinctionem inter solutiones obligationum faciendi et dandi.
§ II. Quid interest an solutio, volente creditore fiat, an vero eo nolente.
§ III. An etiam alius quam debitor solvere potest nolenti creditori.
§ IV. Quis solvere possit.
§ V. Et cui.
§ VI. Quid si solutio facta sit ei, qui creditor esse desinit.
§ VII. Alteri quam creditori,creditore consentiente,solvi potest.
§ VIII. An apparitori solvi potest.
§ IX. An procuratori.
§ X. Quandonam cessat facultas alteri quam creditori solvendi.
§ XI. Quid si revocationem mandati etc. ignoraverit debitor solvens.
§ XII. Quinam a lege acceperunt facultatem recipiendi solutionem.
§ XIII. Quandonam solutio ab initio invalide facta confirmatur.
§ XIV. An aliud quam res debita solvi potest.
§ XV. Volenti creditori aliud solvi potest.
§ XVI. An partialis solutio fieri non possit.
§ XVII. Exceptiones.
§ XVIII. An in solutione dominium rei solutae transferri debeat.
§ XIX. Quid si non quidem in solutione, sed postea dominium acquirat creditor.
§ XX. Quandonam solutio fieri debet.
§ XXI. Ubinam.
§ XXII. De effectu solutionis.
§ XXIII. Quandonam unica solutione plures tolluntur obligationes.
§ XXIV. In quod debitum solutio imputanda est.
§ XXV. Quid si unum debitum sit principale, aliud accessorium.
§ XXVI. Quid de creditore pignus distrahente.
§ XXVII. Effectus oblationis rei debitae.
§ XXVIII. De consignatione et depositione.
§ XXIX. An consignatione facta, debitor rei consignatae amittit dominium.
§ XXX. Quid si debitor rem non possit consignare.

§ I.

In obligationibus faciendi solus debitor, qui aliquid facere promisit, plerumque factum promissum praestare potest: in obligationibus autem dandi, non tantum ipse debitor, sed et etiam alius quivis nomine debitoris solvens eum liberabit. Ratio differentiae est, quod facta plerumque dependeant a diligentia et industria facientis, et sic factum videtur esse aliud ab uno, aliud ab alio interpositum; sed in obligationibus dandi non respicitur ad industriam vel diligentiam, sed tantum ad rem ipsam, quam, ubi creditor habet, ei indifferens est a quo acceperit; hinc est quod in obligationibus dandi non tantum debitor solvens se liberat, sed et etiam quilibet alius nomine ejus solvens debitorem liberat, etiam nolentem et invitum, ut in variis textibus deciditur, et nominatim in *LL.* 23, 40 *et* 53 *ff. h. t.*, ubi ratio additur, scilicet quod jure civili constitutum sit,licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.

§ II.

Multum tamen interest an quis solvat, debitore volente, an vero eo nolente et contradicente, non quidem quoad liberationem, sed quoad ipsum solventem; si enim solverit pro volente, id quod solvit per actionem mandati ab eo repetere potest; et si forte solverit pro absente et ignorante, habebit actionem negotiorum gestorum contrariam; si vero solverit pro nolente et contradicente, nullam actionem habebit, quia tunc donasse videtur.

§ III.

Non tantum alius quam debitor solvere potest, debitore invito, sed etiam creditori invito, quod quidem, quamvis in nullo juris textu decisum sciamus, affirmare non dubitamus; et sane creditoris non interest a quo solutionem consequatur, modo res soluta ejus fiat pleno jure et irrevocabiliter; sive enim ipse debitor solvat, sive alius nomine ejusdem,illa res aeque erit facta creditoris,ac proinde debitor utroque casu debet liberari. Unde etiam, si forte interesset creditoris, quavis de causa potius sibi solvi per debitorem,quam per alium, creditor non teneretur ab alio acceptare;hinc recte Voet dicit (*num.* 10 *ff. h. t.*), quod dominus directus in emphyteusi invitus non cogatur acceptare canonem ab alio oblatum,quia scilicet persolvendus est a debitore, vel alio ejus nomine in recognitionem directi dominii: haec ita in obligatio-

nibus dandi. Aliud obtinet in obligationibus faciendi; distinguendum tamen est inter factum promiscuum, et non promiscuum: factum promiscuum vocamus illud, quod ab unoquoque promiscue interponi potest, ita ut promiscue unus tam bene, quam alius illud sit facturus, quale v. g. est ire Bruxellas ad accersendum equum vel aliam rem jam ante emptam: factum non promiscuum est in quo habetur ratio artis, vel industriae, quae major esse potest in persona unius, quam in persona alterius, uti J. C. eleganter exprimit in *L.* 31 *ff. h. t.* dum ait: *inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis, ideo si navim a se fabricandam quis promiserit, vel insulam aedificandam, fossamve faciendam, et hoc specialiter actum est, ut suis operibus id perficiat, fidejussor ipse aedificans, vel fossam faciens non consentiente stipulatore, non liberabit reum.*

§ IV.

Quamvis quilibet, etiam pro alio invito, solvere creditori invito possit, illud tamen requiritur, ut is qui solvit habeat liberam rerum suarum administrationem; unde pupillus sine tutoris auctoritate solvere non potest cum eo effectu, ut liberatio contingat, sive proprium sive alienum debitum exsolvat, solutio enim continet alienationem, quae pupillis est interdicta sine tutoris auctoritate; unde pupillus nummos, si adhuc extent, potest vindicare, si autem sint consumpti, pupillus jam incipiet liberari, ne alias id, quod in favorem pupillorum est introductum, eis noceat: idemque dicendum, si pecunia casu mere fortuito perierit (vide *L.* 14 § *ult. ff. h. t.*); si tamen postea supervenerit ratihabitio tutoris, solutio confirmabitur, atque etiam pupillus liberabitur.

§ V.

Nunc videamus cui solutio fieri debeat. Debet autem fieri ipsi creditori, non alteri, nisi ex ejus voluntate, aut a lege hic alter acceperit potestatem acceptandi solutionem: insuper ubi solutio fit creditori, requiritur, ut hic habeat liberam rerum suarum administrationem; unde solutio pupillo facta sine tutoris auctoritate debitorem non liberat, sed solvens adhuc remanet pupillo obligatus (*L.* 15 *ff. h. t.*).

Obstat, quod pupillus sine tutoris auctoritate possit conditionem suam meliorem facere; pupillus autem acceptando solutionem videtur suam conditionem facere meliorem, quatenus praestat rem debitam habere, quam obligationem. R/. Pupillo omnis alienatio sine tutoris auctoritatae est interdicta: pupillus autem, si valide solutionem acceptaret, alienationem faceret, alienaret enim a se obligationem, quam ante solutionem habebat contra debitorem; et licet praestet habere rem debitam, quam obligationem, id tamen verum non est in pupillo acceptante solutionem sine tutoris auctoritate, hic enim facile pecuniam acceptam dilapidabit, et sic in damno haerebit. Itaque solutione facta pupillo sine tutoris auctoritate, ipse pupillus actionem retinet contra debitorem suum, qua mediante, ipsum convenire potest ad iterum solvendum; sed tamen, si pupillus solutam pecuniam adhuc salvam haberet, aut ex ea factus esset locupletior, debitor conventus ad solutionem pupillum agentem repellere posset exceptione doli mali; pupillus enim hoc casu debitorem conveniens ad totius debiti solutionem, vellet locupletari cum jactura ejus, quod aequitas naturalis non patitur. Hinc, si ex pecunia soluta pupillus sibi comparaverit res necessarias, in tantum locupletior factus videbitur, in quantum res ipsae valent, etiamsi res illae periissent ante litem contestatam, quatenus, cum supponatur res necessarias emisse, praesumitur quod easdem ex alia pecunia comparasset, adeo ut solutio illa effecerit, ut suae pecuniae pepercerit. Sed si pupillus emisset res non necessarias, tantum locupletior factus intelligetur, quatenus extant adhuc et valent; ut autem sciamus an possit videri locupletior pro eo, inspiciendum est tempus litis contestatae (*L.* 47 *princ. ff. h. t.*).

Si vero solutio pupillo facta sit cum tutoris auctoritate, valebit, sed tamen, si pecunia fuerit dissipata, ita ut pupillus ex illa non sit factus locupletior, poterit impetrare restitutionem in integrum, ut priorem debitorem iterum possit convenire; unde, ut debitor secure solvat, praeter auctoritatem tutoris, debet adhibere decretum praetoris, quod si adhibuerit, in omnem casum securus erit.

§ VI.

Ubi solutio creditori facta fuerit, debitor liberatur, et quidem in perpetuum, ita ut, quamvis forte postea creditor desinat esse creditor, debitor tamen remaneat liberatus; itaque si solverim heredi in testamento scripto, et forte postea testamentum evertatur per querelam, solutio interim facta rata manebit. Idem dicendum, si heres scriptus esset minor, et postea sit restitutus in integrum contra aditionem hereditatis. Nec aliter statuendum, si heres forte esset gravatus fideicommisso universali post certum tempus restituendo, et interim debitor solvisset heredi fiduciario (*L.* 104 *ff. h. t.*); cum enim tempore solutionis isti heredes essent vere creditores, solutio ipsis recte facta fuit, ac proinde omnis obligatio in perpetuum est perempta.

§ VII.

Alteri quam creditori solvi potest ex voluntate

creditoris; et quidem, si ab initio in contrahendo de eo convenerit, etiam creditore postea invito, solvi poterit ei, de quo in contrahanda obligatione convenit, ut latius sub titulo *de verb. oblig.*, dum egimus de adjecto solutionis causa.

Ex postfacto etiam ex voluntate creditoris haec potestas alteri solvendi debitori competere potest. Et imprimis solvi poterit procuratori generali, qui omnibus negotiis gerendis praepositus est (*L.* 12 *et* 34 § 3 *ff. h. t.*); solvi tamen non poterit procuratori constituto ad litem per *L.* 86 *ff. h. t.*, ubi ait J. C. *hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur*: subjicit rationem, *nam et absurdum est, cui judicati actio non datur*, ei *ante rem judicatam solvi posse*: hoc vult J. C., si procurator hic obtinuisset in lite, non posset intentare actionem judicati contra debitorem, ut eum cogat ad satisfaciendum sententiae, nisi hoc creditor ei specialiter demandasset; igitur multo minus ante sententiam ei solvi poterit; et sane creditor eum constituens procuratorem ad litem, tantum intendebat jus suum liquidum efficere per procuratorem, non etiam ei committere potestatem recipiendi solutionem. Exceptio tamen est, nisi esset procurator in rem suam, cum enim hic in propriam utilitatem agat, sane etiam solutionem recipere poterit.

§ VIII.

An solvi poterit apparitori videamus? Et si apparitor sit missus, ut debitorem citet, ac in jos vocet, sane ei solvi non poterit, haec enim prorsus sunt diversa; sed si apparitor missus esset ut, lata sententia, vel etiam in casu paratae executionis litteras executoriales deferat ad debitorem, ei sane solvi poterit; is enim mittitur, ut bona debitoria publice distrahantur, et ex pretio eorumdem creditori satisfiat, consequenter etiam ipsi solvi poterit ad impediendam distractionem bonorum; sic enim obtinetur scopus et finis, ad quem obtinendum missus erat.

§ IX.

Quid si quis constituerit procuratorem ad rem aliquam vendendam, an tali casu, venditione facta, etiam emptor procuratori solvere poterit cum eo effectu, ut liberetur? Et imprimis, si procurator illam rem vendiderit quasi suam et suo nomine, sane emptor ipsi solvendo liberaretur; non enim is divinare debuit rem illam non esse procuratoris suo nomine vendentis, sed alienam; quo casu emptor acquireret dominium, quia procurator eam tradidit ex voluntate domini, qui in hoc consensit, ut procurator vendendo et tradendo transferret dominium. Quod si procurator illam vendiderit non quasi suam, sed nomine mandantis, plerique putant eo casu emptorem solventem procuratori non liberari, nisi doceat mandantem ei etiam concessisse facultatem recipiendi solutionem; verius tamen videtur emptorem solventem indistincte liberari, nisi mandans procuratori specialiter vetuisset ne pretium exigeret (*L.* 35 *ff. h. t.*). In *L. cit.* J. C. sic loquitur: *quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei sive venisset, sive manumissus esset recte solvi potest*; proponit ergo servum contrahentem in causa peculiari, cui sane non mirum solvi posse, cum servus contrahens in causa peculiari debeat comparari procuratori generali omnibus negotiis gerendis praeposito; sed postea prosequitur, et ait: *sed et si quis dominicam pecuniam ab eo foeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem juris est*: reddit rationem: *videtur enim voluntate domini, qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et solvere*; proponit jam J. C. servum contrahentem extra causam peculii ex voluntate domini, et supponit quod pecuniam mutuam dederit: dicit ei etiam hanc pecuniam recte solvi, si servus permissu domini negotium dominicum gessisset: vix sane apertius nostram quaestionem decidere potuisset, servus enim permissu domini pecuniam credens est procurator particularis, et dicit tamen ei solvi posse.

Nec quis dicat hic agi de procuratore generali, nam hoc esset mere divinatorium, quinimo hoc videtur repugnare ipsis verbis legis; proponebat enim J. C. servum pecuniam foeneratum fuisse, et subjicit, *si permissu domini servus negotium dominicum gessisset*; ergo supponebat J. C., quod non omnibus negotiis gerendis servus esset praepositus, sed huic negotio determinato. Hoc etiam ratio juris probare videtur; cur enim venditor ad venditionem accedit, nisi pretii habendi causa? Unde sane, eo ipso quo alteri committit venditionem rei suae, per consequentiam debet intelligi mandasse ut pretium exigat, illudque ab emptore recipiat; etenim verbum *vendere* sub se comprehendit et rem tradere, et pretium recipere.

§ X.

Haec potestas alteri solvendi ex voluntate creditoris cessat cessante voluntate, aut etiam potestate ipsius creditoris. Et ita haec potestas cessabit, si forte creditor sit mortuus, cum per mortem cesset ejus voluntas; atque adeo, cum ex sola voluntate creditoris hanc potestatem acceperit debitor, cessante voluntate ejus, debet quoque cessare potestas alteri solvendi. Similiter, si creditor amittat potestatem in sua persona recipiendi solutionem, v. g. si ipsi sit interdicta administratio, si per decretum declaratus sit prodigus: idem dicendum, si tutor, qui mandatum alteri solvendi dederat, desierit esse tutor; idemque dicendum, si mulier hodiedum ante contractas nuptias debitori suo dedisset manda-

Digitized by Google

tum alteri solvendi, et postea nuptias contraxerit, cum enim per nuptias hodie mulieres sint quasi sub curatela maritorum suorum, eo ipso administrationem bonorum amittunt.

§ XI.

Sed quid si forte debitor horum ignarus bona fide solverit, v. g. creditor mandaverat debitori suo, ut Titio solveret, is postea revocavit mandatum, aut mortuus est; debitor ejus rei ignarus bona fide Titio solvit, an per eam solutionem liberabitur? Et stricto jure quidem liberari non posset, cum neque creditori solverit, neque alteri ex voluntate ejusdem; sed tamen ex aequitate placuit eum liberari, ut in variis legibus deciditur (*L.* 12 § 2, *L.* 34 § 3 *et L.* 51 *ff. h. t.*, *et L.* 41 *ff. de reb. cred.*). In *d. L.* 41 hic casus proponitur: dominus servum Stichum kalendario praeposuerat, et Romae testamentum fecerat, et decesserat, cum servus esset in provincia: in illo testamento Stichum pro parte scripserat heredem: servus mortem domini sui ignorans pecunias defuncti aut exegerat, aut crediderat: consulebatur quid de his juris esset? Et respondit Africanus: *placebat debitores quidem qui solvissent liberatos esse, si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse*; decidit ergo quod debitores bona fide solventes isti servo jam libero effecto, liberentur, quamvis dominus ejus esset mortuus. Ratio ejus est, quod alias justa et probabilis ignorantia debitoris ei noceret, cui ignorantiae factum creditoris causam dedit; eo ipso enim quo servum praeposuerat kalendario, tacite mandasse ipsi intelligebatur, ut et pecuniam crederet, et creditam exigeret; debitor autem scire non debuit, aut divinare dominum esse mortuum.

Nec obstat *L.* 34 § 4 *ff. h. t.*, in qua dicitur: *si nullo mandato intercedente debitor falso existimaverit voluntate mea pecuniam se numerare, non liberabitur.* Nam disparitas est, quod in casu objecto debitor solvens, suae propriae facilitati ac negligentiae imputare debeat, si ex ea solutione damnum sentiat; cum enim creditor nullum mandatum dedisset, ut solveretur ei, cui debitor solvit, non factum creditoris eum in errorem induxit, sed nimia ejus credulitas et imprudentia. Aliud est in casu *L.* 41, in qua factum creditoris debitorem in errorem induxit, ac proinde iniquum esset debitorem exinde in damno haerere.

§ XII.

Potestatem recipiendi solutionem habent a lege tutores pupillorum, curatores furiosorum, prodigorum et minorennium, item administratores rerum fisci, vel civitatis; hoc ipso enim, quo leges has personas praeposuerunt administrationi, etiam potestatem recipiendi solutionem illis dedisse intelliguntur. Et quidem tutoribus solvi potest, sive de facto tutelam gerant, sive sint honorarii tantum, uti et uni ex pluribus, aliis ignorantibus, aut etiam dissentientibus, modo ipsis non sit interdicta administratio, aut accusatio suspecti contra ipsos instituta (*L.* 14 § 1 *ff. h. t.*): exceptio etiam est, nisi tutela inter tutores esset divisa, vel per ipsum testatorem, vel per judicem, tunc enim cuique solvi debet, habita ratione partis, cui est praepositus.

§ XIII.

Extra casus ante dictos, solutio alteri, quam creditori facta est invalida; aliquando tamen invalide facta ex postfacto confirmatur. Id autem contingit, si ex postfacto interveniat ratihabitio ipsius creditoris, sive expressa fuerit, sive tacita, v. g. si creditor eum, qui solutionem acceperat, coeperit convenire ad reddendam pecuniam, quam acceperat, puta per actionem directam negotiorum gestorum (*L.* 12 § 4 *ff. h. t.*): et quidem haec ratihabitio habet effectum retroactivum ad tempus, quo solutio facta fuit, ita ut debitum jam inde intelligatur extinctum ab eo tempore, quo solutio facta est; unde si debitum esset usurarium, ab eo tempore intelliguntur jam inde desiisse currere usurae.

Solutio ab initio invalido facta ex postfacto etiam confirmatur, si res debita ad ipsum creditorem pervenerit, vel in ejus utilitatem sit conversa; tunc enim in effectu ad eum pervenisse intelligitur (*L.* 28 et 34 § 9 *ff. h. t.*).

Iterum solutio ab initio alteri invalide facta confirmabitur, si is, cui solutio facta est, heres extiterit creditori, vel vice versa, aliove modo is, cui solutio facta est, coeperit esse creditor, v. g. si instituto deliberante, interim substituto solutum sit, et postea institutus repudiet, sicque substitutus fiat heres ex substitutione (*L.* 96 § 4 *ff. h. t.*).

§ XIV.

Sequitur agendum de rebus, quae solvi debent. Debet autem solvi res ipsa debita, aliud autem pro alio invito creditori solvi non potest; unde si creditor per errorem aliud receperit, debitor non liberabitur, adeoque eum rursus convenire poterit ad solutionem, modo paratus sit restituere quod accepit: ipse etiam debitor, si sciens aliud solverit, nullam actionem contra creditorem habebit; si enim aliquam haberet, deberet esse condictio indebiti, haec autem non datur ei, qui sciens indebitum solvit.

Aliquando aliud solvi potest, quam quod debebatur, idque, vel vi ipsius conventionis, vel potestate legis, aut etiam ex necessitate. Vi conventionis nobis illa potestas competere potest, vel ab initio, si nimirum vel expresse vel tacite inter con-

trahentes id sit actum; cujus rei exemplum habemus in *L.* 57 *ff. h. t.*, ubi dicitur quod, si quis stipulatus sit decem dari in melle, vel in alia quantitate, in arbitrio promissoris sit an mel ipsum, an vero summam decem praestare velit.

Beneficio legis aliquando aliud pro alio solvi potest: sic v. g. in actione noxali dominus servi, qui noxam commisit, convenitur ad resarcitionem damni, servum noxae dando se liberat: sic iterum in remedio *L.* 2 *ff. de rescind. vend.* venditor laesus ultra dimidium directo agit ad rescissionem contractus, et tamen emptor defungitur supplendo id, quod deest justo pretio.

Aliquando contingit, ut ex necessitate aliud solvatur, v. g. si res debita periit culpa debitoris, vel post moram ejus; eum enim tunc propter culpam, vel moram per interitum non liberetur, nullus alius datur exitus, quam ut praestet aestimationem. Sic etiam, si res aliena legata sit, quam testator alienam esse sciebat, et heres eam redimere non possit a domino, qui sane invitus eam vendere non cogitur, heres tenebitur in aestimationem, quam praestando, se in totum liberat, nec amplius tenetur, quamvis facile in posterum eam sibi comparare posset.

§ XV.

Potest aliud pro alio solvi creditori volenti, quia volenti non fit injuria; debent tamen in illa solutione omnia ea servari ac intervenire, quae praestari debebant in re, quae ab initio erat debita; unde dominium ejusdem etiam debet transferri in creditorem, et quidem totius rei, atque etiam irrevocabiliter; unde, si tantum pro parte dominium fuerit translatum in creditorem, debitor in nulla parte liberabitur, sed pristina obligatio in totum perdurabit, juxta *L.* 46 *ff. h. t.*, ubi dicit J. C. ***quod non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret***, id est creditor pro parte rei non voluisset remittere partem suae obligationis, sed tantum pro solida re solidam obligationem.

Ex his sequitur, quod antequam ipsa res in totum, vel pro parte sit evicta, creditor ex priori obligatione adhuc solidam rem petere possit; debitor enim ita solvens in nulla parte fuit liberatus a priori obligatione, consequenter ex ea adhuc in solidum agi potest. Quod si res evincatur, non tantum pristinam actionem creditor intentare poterit, sed et etiam utilem habebit actionem de evictione, non tamen directam, quia directa tantum habet locum in venditione.

Nec quis dicat, quod ubi alia res pro pecunia debita exsolvitur, in effectu venditio contrahatur; nam, quamvis id proxime accedat ad venditionem, vera tamen venditio non est; res enim, quae solvitur, solvitur liberationis obtinendae causa, non autem alicujus negotii contrahendi, sicuti fit in venditione.

§ XVI.

Res, quae solvitur, integra solvi debet, ita ut partialis solutio creditori invito fieri non possit; et sane solutio per partes multa incommoda adjuncta habet (*L.* 41 § 1 *ff. de usuris*). In *L. cit.* proponitur, quod aliquis minorem pecuniam, quam deberet creditori obtulerit, et eam creditor recusaret, eam consignaverit: J. C decidit eum non liberari, in tantum quidem, ut etiam pro portione oblata et consignata usurae currere pergant; et sane, cum debitor non obtulerit totum debitum, oblatio ista et consignatio non erat rite facta, et ita non potuit creditor per eam in mora constitui, et consequenter usurae adhuc perinde, ut ante, currere debuerunt.

Nec sufficit debitorem offerre totam sortem, sed insuper debet offerre usuras jam inde cessas, alioquin nec erit recte facta oblatio, nec etiam creditor solam sortem sine usuris invitus accipere cogitur: plano, si quis ex pluribus causis debeat, unum debitum sine alio solvere poterit, ita ut si forte creditor recuset acceptare solutionem ex hac causa, debitor pecuniam possit consignare et deponere, qua consignatione facta, liberabitur ab illo debito. Hinc est quod, si quis forte debeat usuras plurium annorum, usuras unius anni solvere possit invito creditori, ut ab usuris ejus anni liberetur, modo tamen solvat usuras antiquiores, ne alias rationes conturbentur, et nimia confusio oriatur; hinc etiam, recte decidit Carolus Molineus quod emphyteuta, qui per biennium fuit in mora solvendi canonem annuum, possit ante lapsum triennii offerre canonem unius anni ad evitandam poenam caduci; quamvis enim usurae dependeant a sorte, ipsae tamen a se invicem independentes sunt, et ita unae sine aliis solvi possunt: idem est de canonibus emphyteuticariis.

§ XVII.

Aliquando tamen partialis solutio creditori invito fieri potest. Et imprimis, si v. g. in mutuo convenerit, ut sors annua, bima, trima die redderetur, hoc est, tribus annuis distinctis pensionibus, quo casu pensiones intelligentur aequales.

Etiam a lege debitor illam potestatem consequitur: sic olim, si dos consisteret in quantitate, maritus, soluto matrimonio, dotem similiter annua, bima, trima die reddere poterat.

Aliquando officio judicis partialis solutio fieri potest: sic, si una pars debiti sit liquida, altera illiquida, partem liquidam praestare debebit debitor, donec de illiquida lucide constiterit, modo tamen debitor probabilem causam habeat pro parte illiquida recusandi solutionem, de quo casu est intelligenda *L.* 21 *ff. de reb. cred.*; alioqnin si tergiversandi causa id faciat, judicis officio incum-

bit, ut eum districte compellat ad solutionem totius debiti.

§ XVIII.

Ut solutio recte fiat, non sufficit rem ipsam praestari, aut tradi, sed sic praestari debet, ut dominium ejus transferatur in creditorem; unde, si si res aliena soluta fuerit, debitor non liberabitur: et quidem non sufficit dominium esse translatum qualitercumque, sed debet plenum et irrevocabile dominium esse translatum in creditorem; unde, si vel usufructus esset alienus, vel res soluta alteri oppignorata, aut sub conditione legata, debitor non liberabitur, sed de novo a creditore conveniri poterit; cum enim rem ita solvendo non satisfecerit suae obligationi, adhuc manet obligatus non obstante solutione, ac proinde perinde ut ante conveniri potest (vide *L.* 38 § 3, et *L.* 69 *ff. h. t.*).

§ XIX.

Si tamen ex postfacto res sit facta creditoris, ita ut ab eo auferri non possit, solutio ab initio inutiliter facta ex postfacto confirmabitur; unde, si rem alienam sibi solutam creditor bona fide acceperit, et usuceperit, cum jam irrevocabiliter ei sit acquisita, debitor liberabitur. Idem dicendum, si nummi alieni fuerint soluti, et postea creditor nummos consumpserit; cum enim jam omnem effectum dominii habuerit, nec alteri ratione consumptionis teneatur, debitor iterum liberabitur (*L.* 60 et 78 *ff. h. t.*). Sic quoque, si res oppignorata, quae fuerat soluta, per debitorem sit liberata vinculo pignoris, cum jam hoc ipso creditor acquirat dominium irrevocabile, etiam debitor liberabitur (*L.* 98 *ff. h. t.*). Idem statuendum, si res soluta, sub conditione alteri esset legata, et postea conditio legati defecerit, hoc ipso iterum debitor liberabitur; sed quid, si, eo tempore quo conditio defecit, res soluta non amplius extaret, an debitor intelligetur liberatus? Distinguendum putamus, an res in genere deberetur, an in specie: ut siquidem deberetur in specie, non possit esse quaestio de liberatione per defectum conditionis, si modo res casu fortuito perierit, non interveniente mora, vel culpa debitoria, cum jam inde intelligatur liberatus per interitum rei, regula enim constans est, debitorem speciei ejus interitu liberari; si vero culpam vel moram commiserit, adhuc tenebitur. Sed si res deberetur in genere, quamvis postea deficiat conditio, sub qua res illa soluta alteri erat legata, debitor non liberabitur; quia tali casu nunquam debitor potest videri rem plene fecisse creditoris, non sane ante existentiam conditionis, cum tunc res adhuc potuerit abire a creditore, si nimirum haec conditio postea extitisset; non etiam deficiente conditione, cum tunc res non amplius extet: nec potest hic applicari principium de interitu speciei, quia genus non perit, et adeo nunquam est impossibile, ut debitor suae obligationi satisfaciat; et de hoc casu intelligenda est *L.* 38 § 3 *ff. h. t.*

Non tantum praedicta servari debent, quando res debita solvitur ipsi creditori, sed etiam, si solvatur alteri ex voluntate ejusdem, adhibita distinctione, ut si permiserit alteri solvi eo animo ut sibi redderetur, tunc debeat ita fieri solutio, ut revera res soluta per illum tertium possit pervenire ad creditorem, ad quem, si pervenerit, debitor ipso jure liberabitur: quod si non pervenerit, quia forte ille tertius accepit rem furandi aut eam intervertendi animo, debitor tantum mediante exceptione liberabitur, ne factum creditoris ei damnosum sit. Quod si creditor mandans alteri solvi non id egerit, ut sibi redderetur, sed forte donare vellet, jam, ut debitor liberetur, debet res soluta fieri accipientis; unde, si esset incapax ejus rei acquirendae, debitor, qui ipsi solvit, cum dominium non transtulerit in accipientem, ipso jure non liberabitur; et ideo si maritus debitorem suum jusserit uxori solvere donandi animo, cum donatio inter virum et uxorem sit prohibita, sicque res soluta non sit facta accipientis, debitor non liberabitur ipso jure sed tamen, cum solutionem fecerit ex voluntate creditoris, poterit se tueri mediante exceptione, modo hic, ut et priori casu, paratus sit cedere creditori actionem, quam habet contra accipientem (vide *L.* 26 *ff. de donat. inter vir. et ux.*).

§ XX.

Videamus nunc de tempore, quo solutio fieri debet. Et si debitum sit pure contractum, quandocumque solvi poterit, ita ut, si creditor accipere recuset, eo ipso in mora constituatur, sine distinctione an species, an quantitas debeatur (*L.* 72 *ff. h. t.*), si modo pecuniam oblatam debitor post oblationem consignaverit, et deposuerit.

Quod si debitum sit conditionale, pendente conditione, solutio fieri non poterit, ita ut nec creditor invitus cogatur accipere solutionem; ut enim recte solutio fiat, debet id quod solvitur esse debitum; jam vero ante existentiam conditionis nihil est debitum creditori.

Ante adventum diei solvi posse ex variis legibus constat, ut ex *L.* 1 § 1 *ff. de cond. et demonstr.*, *L.* 38 § 16 *ff. de verb. oblig.*, et *L.* 70 *ff. h. t.*, in quibus ratio redditur, quia scilicet dies totus est in favorem debitoris; suo favori autem quisque potest renuntiare.

Aliud obtinet, si quis certo loco se daturum promiserit, tunc enim invito creditori alio in loco solvere non potest. Ratio differentiae est, quod dies adjectus, ut jam dictum, totus sit in gratiam debitoris; sed locus adjicitur in gratiam utriusque

tam creditoris, quam debitoris, ac proinde priori casu debitor favori suo potest renuntiare, non item posteriori casu; hinc, si dies esset adjectus in favorem solius creditoris, etiam invito creditori ante tempus conventum solvi non posset; cujus exempla proponuntur in *L.* 15 *ff. de annuis legatis*, et in *L.* 3 § 3 *ff. de usuris*.

§ XXI.

Quod locum attinet, in quo solutio fieri debet, primo videndum, an in contrahenda obligatione de loco convenerit, et tunc creditor alio in loco cogi non poterit ad recipiendam solutionem, quamvis tamen creditor, tempore elapso, quo debitor ad locum conventum pervenire potuit, hunc quovis in loco in quo sortitur forum competens conveniri posset, facta mentione loci, ut latius traditur in titulo *de eo quod certo loco etc.* Quod si de loco nihil convenerit, tunc videndum est, an res certa ac determinata in obligatione contineatur, an vero res incerta et indeterminata: v. g. si quantitas vel res in genere promissa sit, priori casu, res praestanda erit eo in loco, in quo extabat tempore contractae obligationis (*L.* 38 *ff. de judiciis*, et *L.* 47 § 1 *ff. de leg.* 1): exceptio est, nisi dolo malo debitoris res illa post contractam obligationem alio fuisset translata; tunc enim eo in loco esset praestanda, in quo creditor debitorem convenit, et is sortitur forum competens, sic tamen, ut habeatur ratio interesse creditoris, cui forte praestat solutionem fieri in eo loco, in quo res extabat tempore contractae obligationis, quam in loco, in quo hic et nunc debitorem convenit (vide *d. L.* 38 *ff. de jud.*). Si autem debeatur res incerta ac indeterminata, v. g. quantitas, vel genus, tunc res erit praestanda ibi, ubi creditor debitorem convenit, uti iterum probant leges citatae. Ratio differentiae est, quod genus vel quantitas, cum sit quid incorporale, quod nudo intellectu percipitur, nullum certum situm aut locum habet, in quo existat; potest quidem fieri ut, equo in genere, vel decem debitis, aliquis mihi ostendat locum, in quo reperitur equus, vel extant decem, sed ille equus qui monstratur, vel ista decem quae exhibentur, debita non sunt, debitor enim quemcumque equum praestando se liberat: potest etiam debitor alio conquirere pecuniam, et eam mihi exsolvere. Aliud est, ubi res certa ac determinata debetur, haec enim, cum certum situm et locum habeat, erit praestanda in eo loco, in quo extabat tempore contractae obligationis; quia id in dubio inter contrahentes actum creditur.

Nota igitur debitorem non teneri accedere domum creditoris, et ibi solutionem facere, sed debet ipse creditor convenire debitorem, qui in specie debita defungitur, modo creditori praestet facultatem rem illam auferendi ex eo loco, in quo erat tempore contractae obligationis, in quantitate vero debita, modo in eo loco in quo conveniatur ad solutionem debitor praestet quantitatem debitam. Haec tamen ita, nisi, vel natura rei, aut etiam circumstantiae aliud exigant: ut si parochus petat competentiam a decimatoribus, is tenetur eos accedere, ut competentiam consequatur, quia parochus debet ipsis demonstrare reditus suos esse insufficientes, antea enim decimatores non sunt debitores; et ita natura rei hic postulat, ut creditor debitorem accedat. Quod si competentia fuerit determinata, ejus solutionem in parochia facere tenebuntur decimatores: ratio est, quod competentia praestatur vice decimarum, quae de jure communi ad parochum pertinere debuissent; has autem ipse percepisset in sua parochia; unde etiam haec competentia eodem in loco erit persolvenda.

§ XXII.

Nunc agamus de effectu solutionis. Est autem hic, quod obligatio ipso jure extinguatur, et una cum ipsa omnes accessiones, fidejussores, et pignora liberantur; neque id tantum obtinet, si debitor ipse solvat, sed et etiam si alius quivis, modo solvat nomine debitoris, alioquin, si forte suo nomine et per errorem solverit, solutum condicere poterit, quasi indebite solutum.

§ XXIII.

Aliquando contingit, ut per unicam solutionem plures obligationes tollantur, ut monet J. C. in *L.* 44 *ff. h. t.*, dum ait: *in numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione duae obligationes tollantur uno momento, veluti si quis pignus pro debito vendiderit creditori, evenit enim ut ex vendito tollatur obligatio et debiti*: postea alia exempla subjicit, quae vide. Id non tantum fieri potest inter easdem personas, sed etiam inter diversas, quando scilicet sunt diversi creditores: exemplum habemus in *L.* 64 *ff. h. t.*, ubi J. C. sic ait: *cum jussu meo id quod mihi debes solvis creditori meo, et tu a me, et ego a creditore meo liberor.* Idem etiam fieri potest in diversis debitoribus: sic in correis et fidejussoribus, qui pro eodem debito fidejusserunt, et generaliter quoties plures eandem obligationem susceperunt, uno solvente, omnes alii liberantur. Idem etiam fieri potest, quamvis non eamdem, sed diversam obligationem susceperint: sic si mandaverim Titio, ut Maevio pecuniam credat, ubi Maevius Titio solverit, et ego liberabor a Titio.

Alter effectus solutionis est, quod si solvens fuerit dominus, accipientem faciat pleno jure dominum; quinimo nec aliter, ut ante vidimus, recte solutio intelligeretur facta: si vero solvens non sit dominus rei solutae, creditor constituitur in con-

Digitized by Google

ditione usucapiendi; si modo bona fide solutionem acceperit, et si postea usuceperit, solutio quae antea non erat recte facta, ex postfacto confirmabitur usucapione completa, ut jam diximus.

§ XXIV.

Si quis ex pluribus causis debens solutionem fecerit, in quod debitum solutio imputari debeat, multum interest inquirere. Quid enim, si unum debitum sit purum et simplex, aliud usurarium, vel sub pignore contractum, aut ei adjecta stipulatio poenalis, sane multum interest quodnam debitum per solutionem intelligatur extinctum? Et distingui debet, an res diversi generis sint debitae, an vero ejusdem generis: si res diversi generis sint debitae ex diversis causis, illud debitum intelligetur solutum, cujus generis est res soluta: si autem res ejusdem generis sint debitae, tunc in potestate debitoris est in quod debitum solutum imputari velit; si modo hoc dixerit ante solutionem, vel in ipsa solutione, et si creditor in eam causam imputare nolit, liberum est ei non accipere (*L.* 2 *ff. h. t*); si tamen creditor nullam justam causam recusandi habeat, cur imputationem facere nolit in eam causam, quam debitor expressit, in mora constituetur, ita quidem ut debitor rem debitam consignando, vel deponendo se liberet.

Si debitor in ipsa solutione nihil dixerit, electio erit creditoris (*L.* 1 *ff h. t.*, item *L.* 1 *eod. h. t.*), sic tamen ut debitor possit contradicere, si in eam causam imputationem fieri nolit. Quod si debitor non contradixerit, creditor in quam causam velit imputationem facere poterit, dummodo in re praesenti, id est dum solvebatur, fecerit: quod si in re praesenti imputationem non fecerit, non omnino libere postea imputationem facere poterit, atque adeo nec in debitum levius, sicut facere potuisset, si in re praesenti imputationem fecisset, sed eam facere debebit in eam causam, in quam ipse, si solveret, fuisset soluturus.

Ideo ad debitorem primo pertinet electio imputationis faciendae, quia, ut J. C. ait in *L.* 1 *ff. h. t.*, *possumus certam legem dicere ei quod solvimus*, id est, dum debitor solvit, adhuc dominus est rei solvendae, jam autem quilibet rei suae eam legem dicere potest quam vult, post solutionem autem ideo electio imputationis pertinet ad creditorem, quia per solutionem factus est dominus rei solutae, quando tamen in praesenti imputationem non fecit, cum tunc dominium nactus sit ex voluntate debitoris, qui ea lege solvisse praesumitur, ut in debitum gravius imputaretur, ideo tunc creditor in illud debitum imputare debet, in quod, si ipsemet solveret, imputationem fieri desideraret. Itaque cum creditor imputationem facere debeat ex verosimili mente debitoris, sequitur quod, si causa unius debiti sit talis, ex qua tempore solutionis debitor efficaciter cogi poterat ad solutionem, causa autem alterius debiti talis non sit, creditor facere debeat imputationem in eam causam, in qua debitor efficaciter conveniri poterat, ut probat *L.* 103 *ff. h. t.*, dum ait: *dum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, Julianus elegantissime putat ex ea causa eum solvisse videri debere, ex qua tunc cum solvebat compelli poterat ad solutionem*; itaque si debitor eamdem summam pecuniae semel deberet naturaliter tantum, semel naturaliter et civiliter simul ex alia causa, creditor imputationem facere debebit in debitum, quod naturaliter et civiliter simul erat debitum. Similiter, si unum debitum esset pure contractum, alterum in diem, cujus dies adhuc pendet, illud debitum videbitur solutum, quod erat pure contractum.

Si omnia debita sint talia, ut ex iisdem cogi possit efficaciter ad solutionem, tunc videndum quaenam causa praegravet, et in hanc videbitur solutum. Hinc, cum omnium gravissima sit causa famosa, plus enim curare debemus damnum famae vel honoris, quam patrimonii, ideo in hanc solutio erit imputanda (*L.* 7, *et* 97 *ff. h. t.*): quod si forte utraque sit famosa, tunc videndum, an ex una competat actio civilis, ex alia criminalis, et in concursu, in posteriorem solutio erit imputanda: quod si neutra causa famosa sit, tunc siquidem unum debitum sub poena vel usuris debeatur, aliud simpliciter sine poena vel usuris, tunc in debitum usurarium, vel quod sub poena debetur, solutio erit imputanda (*d. L.* 97). Et inde est, quod si unum debeatur ex causa judicati, aliud simpliciter, solutio sit imputanda in id, quod ex judicato debetur; quia si debitor ex hac causa non solvat, pati posset immissionem in bona, et si quantitas esset debita post inducias quadrimestrales, fieret ad usuras centesimas (*L. ff.* 1. *h. t.*). Post hanc causam sequitur debitum sub pignore vel hypotheca contractum, ut constat ex *d. L.* 97; nam hoc debitum est gravius caeteris, quatenus creditor, debitore non solvente, possit pignus vendere, ex qua venditione debitor saepe ingens damnum sentire posset, v. g. si res esset talis, quae spectaret ad splendorem familiae, vel etiam, si res forent viliori pretio venditae.

Post hunc ordinem, ut constat ex *LL.* 4 et 5 *ff. h. t.*, sequitur debitum, quod debetur sub fidejussoribus; haec enim causa est levior, quam ex qua debetur sub pignore, hic enim tantum non subest periculum, ut debitor rebus suis excidat, sed tamen hoc debitum etiam est gravius quam illud, quod debetur sine fidejussoribus; ideoque et hoc antecedit in imputatione facienda.

Post hunc ordinem, ut J. C. dicit in *d. L.* 97, potior habebitur propria, quam aliena causa; hoc est, si quis debeat et proprio nomine et nomine

fidejussorio, potius intelligetur solvisse illud debitum, quod suo, quam quod fidejussorio nomine debet, ideoque et in hoc debitum imputatio erit facienda: rationem subjicit J. C., dum ait *quod veteres ideo definiverunt, quod verosimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse*: si nihil horum interveniat, neque una causa praegravet alteri, tunc, ut J. C. iterum ait in *d. L.* 97 *et L.* 5 *ff. h. t.*, *in antiquius debitum intelligetur solutum, quia et diligens paterfamilias ita procedere solet, ut antiquiora debita prius exsolvat.*

Quod si debita sint ejusdem datae, nec unum antiquius alio, sive ut J. C. ait in *L.* 8 *ff. h. t.*, *si par dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum*, hoc est, unumquodque debitum pro rata per solutionem intelligetur diminutum.

§ XXV.

Praedicta ita intelligi debent, si utrumque debitum sit aeque principale; nam si unum sit principale, alterum accessorium, regulae antepositae locum non habebunt, sed aliae sunt statuendae; itaque, si debitum sit usurarium, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem imputatur (*L.* 1 *eod. h. t.*). Hoc tamen singulare videri potest ex eo, quod ante diximus, quod si in solutione neque creditor, neque debitor aliquid dixerint, jam quidem electio pertineat ad creditorem, cui debito solutum imputare velit, sic tamen ut imputationem facere debeat ex verosimili intentione debitoris, atque adeo et ex utilitate ejusdem; jam vero in casu debitori utilius foret imputationem primo fieri in sortem, sorte enim extincta liberaretur ab usuris in futurum, ubi, si imputatio fiat in usuras, et tunc demum in sortem, pro rata sortis quae remanet usurae adhuc pergunt currere. Sed ratio differentiae est, quod ubi utrumque debitum est aeque principale, atque unum est independens ab alio, debitor etiam invito creditori solvere possit debitum quod vult; atque adeo ubi in solutione, neque debitor, neque creditor dixit in quam causam imputatio facienda esset, sane aequum erat ut creditor imputationem faceret ex verosimili mente debitoris, cum equidem debitor ab initio in eam causam imputationem facere potuisset. Haec aliter se habent in usuris; si enim creditor imputationem facere deberet in sortem, propter utilitatem debitoris, id fieret cum ejus injuria, is enim invitus cogi non potuisset, ut reciperet sortem, usuris necdum solutis; compertum enim est quod soluta sorte debitores se difficiliores soleant reddere ad solvendas usuras, ita ut plerumque creditor soluta sorte usuras consequi non possit sine magna difficultate. Et quidem si usurae essent debitae ex mora, praeter allegatam rationem, adhuc haec altera peremptoria accedit, quod hae usurae tantum debeantur officio judicis, quod officium tantum locum habet, ubi actio instituitur ad petendum debitum principale; haec autem actio, sorte extincta per solutionem, amplius intentari non potest; cessaret igitur prorsus officium judicis circa has usuras, et ita nulla ratione creditor eas amplius consequi posset.

Quid si debitor solvens dixisset se velle imputare in sortem et usuras, nec creditor contradixisset, sed simpliciter accepisset? J. C. in *L.* 5 § *ult. ff. h. t.* affirmat, eodem modo, quo exposuimus, imputationem esse faciendam. Ratio dubitandi erat, quod debitor prius expressisset sortem, et ita cum ordo scripturae soleat designare ordinem mentis, potius imputatio esset facienda in sortem, quam usuras. Sed Paulus in *L.* 6 *seq.* hanc rationem dubitandi refutat, dum ait: *nec enim ordo scripturae spectatur, sed potius ex jure sumitur id quod agi videtur*: *id est, creditur debitor ita solutionem voluisse facere, uti communiter fieri solet, et de jure fieri debuisset*; unde in dubio haec regula praevalere debet contra priorem, quae dicit, quod ordo scripturae designet ordinem mentis.

§ XXVI.

Hactenus egimus de debitore solvente creditori: nunc videamus de creditore pignus distrahente, et ex pretio sibi solvente, in quam causam scilicet imputationem facere debeat. Hic creditor libere imputationem facere poterit in quam causam velit, nec poterit debitor eum cogere, ut in aliam causam imputet, in supposito nempe quod pignus pro pluribus debitis sit obligatum; hancque differentiam inter debitorem solventem, et creditorem pignus distrahentem J. C. tradit in *L.* 101 § 1 *ff. h. t.* dum ait: *Paulus respondit aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis; nam cum debitor solvit pecuniam in potestate esse ejus commemorare in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distraheret licere si pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur.* Monet ergo J. C. creditorem pignus distrahentem pretium ex distractione ejus perceptum posse imputare in debitum naturale; tantum supponit scilicet J. C., pignus esse constitutum pro duobus debitis, uno naturali tantum, altero naturali et civili simul. Ratio hujus differentiae inter debitorem et creditorem haec est, quod creditor non jam facto debitoris, sed ex suo proprio facto pecuniam consequatur, scilicet ex venditione, quam ipsemet fecit; unde cum pecuniam acceptam debitori in acceptis referre non debeat, sed sibi ipsi, non ex voluntate debitoris, sed pro suo arbitrio imputationem facere poterit. Aliud est, ubi

facto debitoris solventis pecuniam recepit; tuoc enim, eum debitori in acceptis referre debeat, etiam ex praesumpta voluntate ejus imputatiooem facere debebit.

Illud notandum, quod creditor pignus distrahens pretium ex venditiooe perceptum tantum possit imputare in id debitum, pro quo pignus fuit datum, non etiam in aliud quodvis; debitor enim pignus constituens id saoe agebat, ut pretium ex venditione ejus perceptum cederet in extunctionem illius debiti, pro quo pignus erat datum; contra voluntatem igitur debitoris faceret creditor, si in aliam causam, pro qua pignus datum non est, imputationem facere vellet.

Huc spectat *L.* 73 *ff. h. t.*, in qua J. C. proponit quod creditor ad 30 fidejussorem acceperit in 20, et pignus in 10: quaerit quid si creditor ex venditione pignoris 10 consecutus sit, utrum ex universitate id decedat, an in totis 10 fidejussori contingat liberatio: et dicit *magis existimo licuisse creditori in id, quod solus debebat reus accepto referre*. Dicit ergo quod creditor possit imputare pretium pignoris in ea 10, quae reus principalis debet solus sine fidejussore, ita ut in reliqua 20 fidejussor adhuc maneat obligatus, conformiter ad ea, quae ante diximus, juxta quae creditor pignus distrahens pretium imputare possit in quod debitum voluerit, modo pro eo pignus sit constitutum. Deinde fidejussor se obligans in 20, id sane agebat ut, si creditor a debitore suum consequi non posset, ipse creditori praestaret, non tamen ultra 20, et ita, cum distracto pignore et imputatione facta, adhuc 20 maneant solvenda, etiam in haec tota 20 fidejussor tenebitor.

Sed quid si pignus esset datum pro 30, fidejussor se obligasset in 20, et creditor ex venditione pignoris 10 fuisset consecutus, an jam haec 10 imputare poterit in illa 10, quae reus solus debebat sine fidejussore? Hunc casum J. C. ibi non tractat, sed tamen, attentis dictis, hoc creditori videtur permittendum, quatenus, ut diximus, creditori pignus distraheoti libera competat imputandi facultas.

§ XXVII.

Alter modus obtinendae liberationis, non tamen plenae, sed plerumque imperfectae, est per oblationem rei debitae; scilicet, oblatio facta creditori plerumque debitorem ipso jure non liberat, sed tantum creditorem in mora constituit. Excipitur tamen causa constituti, in qua, si debitor die constituto adjecto rem debitam obtulerit, liberatur in totum; sed, hac causa excepta, plerumque oblatio debitorem in totum non liberat, sed tantum periculum transfert in creditorem, si forte debitor antea de periculo teneretur, ut v. g. contingit, quando debitor praevie in mora fuit, vel periculum in se suscepit, vel etiam si res in genere aut quantitas sit debita; his enim casibus, quibus debitor de periculo tenetur, si rem debitam obtulerit creditori, a periculo liberatur, non tamen a rei praestatione; sic etiam, si debitor propter suam moram in judicio bonae fidei coepisset teneri ad usuras, oblatione facta creditori, ab iisdem liberatur: aliud est in stricti juris judiciis, ubi consignatio requiritur (*L.* 19 *cod. de usuris*). Alter adhuc effectus oblationis est, quod si debitor ante oblationem teneretur de culpa levi vel levissima, post eam tantum incipiat teneri de dolo, et culpa lata (*L.* 16 *ff. de peric. et comm. rei vend.*, item *L.* 9 *ff. soluto matrim.*). Similiter, si aliquid relictum vel promissum sit sub conditione *si res aliqua data non fuisset*, vel *aliquod factum interpositum non esset*, et debitor rem obtulerit creditori, vel factum ei praestare paratus fuerit, per creditorem autem steterit, quominus acciperet, vel factum ei praestaretur, debitor per istam oblationem in totum liberabitur, non tam tamen per oblationem, quam per defectum conditionis; scilicet, quoties stat per eum, in cujus persona debet impleri conditio, quominus impleatur, ea habetur pro impleta. Hinc est, quod si debitor, qui rem aliquam pro suo debito oppignoraverat, debitum creditori obtulerit, et is recusaverit accipere, quamvis per solam oblationem debitum extinctum non sit, is tamen poterit agere directa pignoratitia, ut pignus repetat; haec enim actio datur debitori sub conditione *si debitum fuerit solutum*, aut eo nomine satisfactum; cum autem stet per creditorem, quominus debitor eam conditionem impleat, eadem habetur pro impleta, et debitor perinde potest agere directa pignoratitia, atque si solutio creditori facta fuisset.

Ut autem oblatio hos effectus habeat, requiritur ut sit rite facta, id est opportuno loco et tempore, ita ut creditor sine justa causa accipere recusaverit (*L.* 39 *ff. h. t.*).

§ XXVIII.

Cum sola oblatio, ut jam vidimus, plenam liberationem debitori non pariat, sed plerumque tantum tollat effectus morae, et debitorem tantum liberet a periculo, ita ut is nihilominus adhuc maneat obligatus ad rem ipsam, et consequenter adhoc eam custodire debeat, sic saltem, ut bonam fidem in ea custodienda praestet; durum tamen esset, atque etiam utilitati publicae contrarium, ut quis in perpetuum obligaretur invitus, nec ullo modo posset se ab obligatione semel contracta invito creditore liberare, et adeo in potestate creditoris foret debitorem in perpetuum gravare custodia rei suae; leges hujus rei iniquitatem considerantes, debitori remedium tribuere voluerunt, quod si adhibuisset, etiam invito creditore plenam

liberationem consequeretur. Remedium autem illud in eo consistit, ut debitor, post factam oblationem, rem debitam consignet ac deponat, quo facto, debitor plenam liberationem consequitur, ita ut postea amplius a creditore nequeat conveniri: ideo autem leges noluerunt, ut debitor liberationem obtineret per solam oblationem, quia debitor adhuc interim post oblationem non tantum retinebat dominium rei debitae, sed et etiam liberam facultatem re sua utendi; ast postquam debitor rem debitam consignavit ac deposuit, eo ipso se privavit facultate re ista utendi, et in potestate creditoris posuit, ut omni momento quo vellet rem debitam possit nancisci; praeterea nihil a debitore fieri poterat, quod propius ad solutionem accederet.quam rem debitam et oblatam consignando, et adeo aequum erat,eum mediante hac consignatione liberari.

Ut autem consignatio ac depositio hunc effectum habeat,primo requiritur,ut praecesserit oblatio opportuno loco et tempore facta: secundo, ut totum debitum una cum omnibus usuris jam cessis fuerit oblatum et consignatum; nam si vel minima pars debiti, aut usurarum restaret, debitor nullo modo liberaretur, quinimo etiam usuras respectu totius sortis currere pergent: tertio, ut consignatio ac depositio fiat in loco solito, v. g. apud Romanos in aede sacra, apud nos in graphiatu, vel alio loco simili; si autem auctoritate judicis depositio fiat, eo in loco erit facienda, quem judex designaverit: requiritur quarto,ut debitor post consignationem ac depositionem factam denuntiet creditori, ut is,quandocumque libuerit,rem debitam possit accipere et auferre.

§ XXIX.

An igitur post consignationem factam debitor desinit esse dominus, adeo ut dominium rei consignatae transferatur in creditorem? ℟. negative; imprimis debitor non habuit animum pecuniam illam derelinquendi,custodiae enim causa deposuit; sed nec voluit dominium transferre in depositarium, non enim deposuit ut ipse illam pecuniam retineret, sed causa creditoris deposuit; sed nec etiam potest dici translatum dominium in creditorem, saltem quamdiu pecunia extat apud depositarium, dominium enim in alium non transfertur sine concursu voluntatis utriusque. Jam vero, dum debitor pecuniam offerebat creditori, et is recusabat acceptare,non consensit debitor in translationem dominii, sed nec postea antequam creditor eam recipiat ullo modo consentit. Igitur, cum debitor interim adhuc remaneat dominus, sequitur quod pecuniam illam penes quemcumque existentem vindicare possit, quinimo et actionem depositi habebit contra depositarium, ut rem recipiat. Haec ita, si creditor necdum rem receperit; quod si acceperit, dominium transfertur in ipsum pleno jure, et consequenter debitor nullam amplius actionem habet ad eam recuperandam (*L.* 19 *cod. de usur.*). Juxta *cit. L.* creditori tribuitur duplex actio, scilicet utilis reivindicatio contra quemcumque possessorem, si forte depositarius possessionem amiserit, et utilis depositi contra depositarium: has actiones autem creditor tantum habet, quamdiu debitor pecuniam non recepit,ea enim per debitorem recepta,res in pristinam causam revertitur, quasi consignatio nunquam facta fuisset, unde tunc utilis actio creditori datur contra debitorem.

Sed dicet quis: debitor per consignationem factam erat liberatus; quomodo igitur a creditore denuo poterit conveniri, cum actio semel extincta non reviviscat? Ex istis rationibus etiam factum est, quod non competat amplius directa actio creditori, sed tantum utilis, quae ipsi ex praegnanti aequitate merito concessa est;ideo enim debitor erat liberatus per consignationem factam,quia per eam se privaverat facultate re illa utendi, et in potestate creditoris posuerat rem illam habere dum vellet; jam autem pecunia recepta, creditor eam potestatem non amplius habet, et facultas utendi ad debitorem plenissime reversa est; hinc sane, contraria aequitate suadente, leges creditori aliquam actionem concedere debuerunt, per quam de novo debitum exigere posset, ne alias sit in potestate debitoris, ratione morae per creditorem commissae,eum privare suo credito,nimirum consignando pecuniam, et postea recipiendo.

§ XXX.

Si debitor consignationem facere non possit, sine suo damno vel injuria, ab ea liberatur, cujus rei exemplum elegans habemus in *L.* 1 § 3 *et* 4 *ff. de peric. et comm. rei vend.*: aliquis vendiderat vinum doleare, illudque emptori obtulerat, dein tempus ad metiendum ipsi praestituerat: emptor non venerat ad diem praestitutum: venditor autem doliis indigebat, instante forte vindemia, unde is denuntiaverat emptori ut, aut vinum tolleret, aut futurum ut vinum effunderetur; si non obstante ista denuntiatione emptor non venerit, poterit venditor vinum effundere, ut colligitur ex eo quod J. C. dicat: *si tamen, cum possit effundere, non effudit, laudandus est potius*: item in initialibus verbis, *licet autem venditori vel effundere vinum si diem ad metiendum praestituerit*; scilicet in casu depositio et consignatio locum habere non poterat sine damno et injuria venditoris; si enim vinum deposuisset, cum vinum non possit deponi nisi in doliis, ipse iisdem carere debuisset, cum tamen iis indigeret propter instantem vindemiam.

TITULUS IV.

DE ACCEPTILATIONE.

Solutionis loco est *acceptilatio*, quae nihil oliud est, quam imaginaria solutio, quae verbis contingit. Acceptum ferre possunt omnes, quibus aliquid debetur, si patresfamilias et sui juris sint; nam pupilli et similes personae sine tutoribus vel curatoribus accepti ferre non possunt (*L.* 1 *cod. h. t.*). Acceptilari potest omnibus debitoribus, etiam pupillis, si quidem per acceptilationem eorum conditio melior fiat.

Acceptilatio duplex est, *simplex*, et *Aquiliana*: *simplex* illa est, qua verborum obligatio verbis dissolvitur, absque ullo circuitu: *Aquiliana* est illa, quae a Gallo Aquilio formam et nomen accepit, scilicet eum Romani mordicus huic principio addicti essent, *unumquodque dis solvi debere eodem modo quo colligatum erat*, non poteret obligatio bonae fidei acceptilari, nisi prius in stipulatum deduceretur; quando ergo creditor intendebat debitorem suum ex vendito v. g. vel ex alio contractu bonae fidei obligatum liberare, debitum illud prius stipulabatur, ut 100 *quae debes mihi ex empto an solves*: debitor respondebat *solvam*; ibi est stipulatio Aquiliana: dein creditor dicebat *illa* 100 *accepto fero*: ibi est acceptilatio Aquiliana.

TITULUS V.

DE STIPULATIONIBUS PRAETORIIS.

Titulum hunc repete ex *Heinecc. Recit. lib. III. tit.* 19.

TITULUS VI.

REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

Pariter repete ex eodem, *lib. I. tit.* 24.

TITULUS VII.

JUDICATUM SOLVI.

Repete ex eodem, *lib. III. tit.* 19.

TITULUS VIII.

REM RATAM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

Repete ex eodem, *lib. III. tit.* 19.

LIBER QUADRAGESIMUS SEPTIMUS

—

TITULUS I.

DE PRIVATIS DELICTIS.

Delictum est quodvis factum dolosum publicam vel privatam tranquillitatem violans. Delicta quae publicam tranquillitatem laedunt, nomine *criminum* veniunt, ea vero, quae privatam laesionem continent, *delicta* appellantur: diximus *factum*, quia crimina et delicta ex facto tantum oriuntur, unde si quis delictum meditatus sit, illud tamen non perpetraverit, delicti reus non est (*L.* 18 *ff. de poen.*); addidimus *dolosum*, ad distinctionem quasi delictorum, illa enim ex dolo, haec ex imperitia et culpa leta oriuntur. In toto hoc *libro* de delictis agitur, et in sequenti de criminibus.

Delicta alia sunt *ordinaria*, in quibus poena certa determinata est, et hujus generis sunt furtum, rapina, damnum injuria datum, de quo sub *tit. ad. L. Aquil.* diximus, et contumelia. Alia *extraordinaria*, in quibus poena definita non est, sed pendet ab arbitrio judicis.

TITULUS II.

DE FURTIS.

Repete ex *Heineccii Recitationibus lib. IV. tit.* 1. Nota poenam furti apud Romanos fuisse privatam, hodie vero esse publicam (Vide de Ghewiet §§ *du larcin, et du vol des grands chemins*).

TITULUS III.

DE TIGNO JUNCTO.

Repete ex eodem, *tit.* 1. *lib.* II.

TITULUS IV.

SI IS QUI TESTAMENTO LIBER ESSE JUSSUS ERIT, POST MORTEM DOMINI, ANTE ADITAM HEREDITATEM, SUBRIPUISSE, AUT CORRUPISSE QUID DICETUR.

Contra servum testamento manumissum, qui jacente hereditate res aliquas aut contrectavit, aut dolo corrupit, datur actio in duplum.

TITULUS V.

FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES, STABULARIOS.

Sub *tit. IX. lib. IV. ff.* agitur de actionibus dandis adversus nautas, stabularios etc., qui vectorum merces receperunt: sub hoc vero agitur de actione furti danda adversus exercitorem, cauponem, stabularium, pro furto vel damno dato ab iis, quorum opera utuntur, quia scilicet imputare sibi debent, quod tam improborum hominum opera usi sint.

TITULUS VI.

SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICETUR.

Si familia, id est si omnes servi alicujus furtum fecerint, ignorante domino, in arbitrio domini est, vel omnes servos noxae dare, vel praestare quan-

tum praestaret unus homo liber: hoc ita, ne tale furtum omne domini patrimonium absorbeat. Hoc tamen in furto singulariter constitutum, in aliis vero delictis tot praestandae sunt poenae, quot sunt servi.

TITULUS VII.

ARBORUM FURTIM CAESARUM.

Adversus eum, qui arborem caedit, actio in duplum datur, et etiam actio furti, si non tantum caeciderit, sed etiam abstulerit.

TITULUS VIII.

VI BONORUM RAPTORUM, ET DE TURBA.

Rapina est violenta rei alienae ablatio: poena quadrupli sicuti furtum punitur.

TITULUS IX.

DE INCENDIO, RUINA, NAUFRAGIO, RATE, NAVE EXPUGNATA.

Actio quoque in quadruplum datur adversus eum, qui aliquid rapuisse dicetur in incendio, ruina, naufragio, rate, aut nave expugnata.

TITULUS X.

DE INJURIIS ET FAMOSIS LIBELLIS.

Injuria est dictum omne vel factum in alterius contumeliam dolo malo directum; unde verbis, factis, scriptura, et pictura committi potest; et cum aliquando majorem, aliquando minorem contumeliam contineat, aequum erat ut varii gradus poenarum statuerentur, unde quandoque datur contumeliam passo actio aestimatoria ad id quanti laesus aestimaverit, aliquando criminaliter agitur ad poenam arbitrariam, imo poena capitalis constituta est adversus eos, qui sacerdoti sacra peragenti injurias inferunt, vel *libros famosos* in publicum emittunt: hodie injuriarum poena arbitraria est, libri autem famosi carnificis manu lacerantur, et flammis absumuntur.

TITULUS XI.

DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBUS.

Titulis praecedentibus actum est de delictis ordinariis, seu quibus poena certa definita est: sub hoc et sequentibus agitur de *extraordinariis*, quibus, ut diximus, poena certa determinata non est. Sub hoc *titulo* varia crimina commemorantur, ut crimen validorum mendicantium, coetuum illicitorum etc.

TITULUS XII.

DE SEPULCHRO VIOLATO.

Extraordinarie puniuntur qui *sepulchra dolo malo contaminant*, aut habitando, aut aedificando, aut diruendo.

TITULUS XIII.

DE CONCUSSIONE.

Concussionis crimen committunt qui abutuntur sua auctoritate ad illicite extorquendum ultra id, quod sibi debetur ratione officii.

TITULUS XIV.

DE ABIGEIS.

Abigeatus crimen committitur ab iis, qui pecora ex pascuis expellunt, ut facilius ea furentur.

TITULUS XV.

DE PRAEVARICATIONE.

Praevaricari dicitur is, qui, postquam aliquem crimine accusavit, eum adjuvat, ut, suppressis probationibus, crimen occultetur.

TITULUS XVI.

DE RECEPTATORIBUS.

Receptatores sunt illi, qui delinquentes et praesertim latrones, et eorum furta recipiunt, et occultant; et cum criminis participes habeantur, eadem fere poena plectuntur ac ipsi latrones.

TITULUS XVII.

DE FURIBUS BALNEARIIS.

Fures balnearii sunt qui lavantium vestimenta subripiunt.

TITULUS XVIII.

DE EFFRACTORIBUS ET EXPILATORIBUS.

Effractores dicuntur qui fores alienas, fenestras vel parietes frangunt furti committendi causa: *expilatores* vero sunt qui homines spoliant, vel villas expugnant deripiendi causa.

TITULUS XIX.

EXPILATAE HEREDITATIS.

Cum, jacente hereditate, rerum hereditariarum furtum intelligi nequeat (furtum enim non intelligitur fieri ejus rei, quam nullus possidet), ideo hic prodita est *actio expilatae hereditatis* contra eos, qui res hereditarias subripiunt.

TITULUS XX.

STELLIONATUS.

Stellionatus reus est, qui impostura, fallacia, dissimulatione qualicumque aliquem decipit: ma-

Digitized by Google

xime obtinet in eo, qui rem creditori obligatam per calliditatem alteri ignoranti *iterum hypothecat*, vel *distrahit*, vel *in solutum dat* etc.

TITULUS XXI.

DE TERMINO MOTO.

Terminus est lapis, vel signum aliud quodlibet designans fines agrorum: movisse terminum dicitur is, qui vel avellit, vel alio transfert augendae suae possessionis causa.

TITULUS XXII.

DE COLLEGIIS ET CORPORIBUS ILLICITIS.

Collegium est coetus hominum unum corpus constituentium: collegia, quae sine auctoritate publica erecta sunt, dissolvi debent, nec permittitur sodalibus pecuniam, quam in commune contulerunt, recipere.

Omnium delinquentium in his omnibus titulis memoratorum poena est arbitraria.

TITULUS XXIII.

DE POPULARIBUS ACTIONIBUS.

Actiones populares sunt quibus populus jus suum tuetur et conservat: ejusmodi sunt, *actio violati sepulchri*, *de albo corrupto*, *actio de positis et suspensis* etc.

LIBER QUADRAGESIMUS OCTAVUS

—

TITULUS I.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publicum judicium est illud, quod offensae publicae vindictam persequitur, et a quolibet e populo per accusationem et inscriptionem exercetur apud eum, cui criminis executio specialiter mandata est.

TITULUS II.

DE ACCUSATIONIBUS ET INSCRIPTIONIBUS.

Accusatio hic est criminis apud competentem judicem facta delatio: *inscriptio* autem est libellus, quo accusator profitetur aliquem criminis publici reum esse; scilicet jure Romano cuilibet permittebatur persecutio criminis apud judicem competentem, sed cum verendum esset, ne aliquando calumniandi causa accusatio institueretur, poena talionis tenebatur accusator casu, quo in probatione deficeret.

TITULUS III.

DE CUSTODIA, ET EXHIBITIONE REORUM.

Quando quis accusatur, quem jam probationes vel vehemens praesumptio criminis arguit, curare debet judex, ne reus vadimonium deserat; et ideo pro criminis varietate, et personarum dignitate modo in carcerem detrudit reum, modo militibus custodiendum tradit, modo fidejussoribus, aliquando etiam suae cautioni committit; verum cum tradita jure Romano, hoc et duobus anterioribus titulis moribus exoleverint, videantur praescripta criminalia Philippi II. de anno 1570 et 1513, item tractatus *de judiciis publicis* d. Wyoants.

TITULUS IV.

AD LEGEM JULIAM MAJESTATIS.

Crimen laesae majestatis committitur, quoties laeditur summa ac suprema potestas, sive potestas illa sit penes unum, sive plures, sive totum populum. Crimen illud jure Romano, modo capite, modo relegatione expiatur (vide de Ghewiet § 7 *du crime de lèse majesté*).

Sub hoc titulo refertur *crimen perduellionis*, et poena acerbissima, qua illud plecti voluerunt Arcadius et Honorius; nimirum constituerunt, ut perduellionis rei ultimo supplicio afficerentur, ut non tantum eorum bona fisco addicerentur, sed et etiam ut filii eorum a materna et avita hereditate excluderentur, nec possent ex testamentis extraneorum aliquid capere: filiabus tantum concesserunt legitimam in bonis maternis, et ut filii perpetuo sint infames. (Vide edictum Philippi II. anni 1570, et de Ghewiet § 10 *des duels*).

TITULUS V.

AD LEGEM JULIAM DE ADULTERIIS COERCENDIS.

Adulterium est alieni thori violatio. Ex lege Julia poena erat relegatio; Constantinus poena capitali voluit adulteros plecti, et hanc poenam Justinianus comprobavit in masculis; pro mulieribus autem voluit, ut verberibus caesae in monasterium detruderentur, facta tamen potestate marito intra biennium uxorem revocandi, quo transacto, mulierem habitu monastico vitam agere compellit (vide de Ghewiet § 19 *du crime d'adultère*).

TITULUS VI.

AD LEGEM JULIAM DE VI PUBLICA.

Per hanc legem aqua et igni interdicuntur, qui manu armata sine auctoritate Principis nova vectigalia exigunt, qui in incendio aliquid rapiunt, qui virgines, viduas, aut etiam nuptas rapiunt etc.

Digitized by Google

TITULUS VII.

AD LEGEM JULIAM DE VI PRIVATA.

Vis privata hic dicitur, quae sine armis infertur, et quemadmodum vis minus atrox sit, quae sine armis infertur, ideo et haec poena mitior est: consistit scilicet in publicatione tertiae partis honorum cum infamia.

TITULUS VIII.

AD LEGEM CORNELIAM DE SICARIIS, ET VENEFICIIS.

Sicarii dicuntur, qui sicam seu ferreum cultrum gestant hominis furtive occidendi causa: sub hoc titulo non tantum agitur de sicariis, sed de iis omnibus, qui dolo malo qualitercumque hominem occiduot, sive liberum, sive servum, item de iis, qui veneno interficiunt, aut qui, hominis occidendi causa, venenum praeparaverunt aut vendiderunt: horum poena primitus ex lege Cornelia fuit deportatio, et omnium bonorum publicatio: postea viliores coeperunt morte plecti, aut bestiis immitti: tandem tam honestioribus, quam humilioribus poena mortis praestituta fuit.

TITULUS IX.

DE LEGE POMPEIA DE PARRICIDIIS.

Parricidii crimen, quo designatur caedes parentum, liberorum, et cognatorum usque ad quartum gradum, poena fuit, ut hujus criminis rei, virgis caesi cum includerentur culeo cum cane, gallo, gallinaceo, vipera, et simia in mare, aut flumen projicerentur (Vide de Grewiet § 11 *du crime de parricide*).

TITULUS X.

DE LEGE CORNELIA DE FALSIS, ET DE SENATUS CONSULTO LIBONIANO.

Falsum est fraudulenta veritatis imitatio, vel occultatio: crimen falsi committit qui signaturam alicujus fraudis causa imitatur, qui monetam adulterat, qui partum supponit. Lex Cornelia tantum concepta fuerat pro testamentis falsis; *S. C. Libonianum* autem ad alios casus, quibus falsum committeretur, extensum est. Poena aliquando fuit deportatio, et confiscatio omnium bonorum, aliquando condemnatio ad bestias, aliquando ultimum supplicium, quod et hodie hujus criminis reis irrogatur.

TITULUS XI.

DE LEGE JULIA REPETUNDARUM.

Hac lege tenentur magistratus, et alii ministerio publico addicti, qui pecuniam accipiunt, ut in gratiam vel odium alicujus iniquitatem committant: poena hujus aliquando fuit infamia cum spoliatione dignitatis, aliquando exilium, imo et poena mortis: hodie est arbitraria.

TITULUS XII.

DE LEGE JULIA DE ANNONA.

Hac lege coërcetur avaritia eorum, qui annonam, id est oleum, carnem, vinum, frumentum, verbo omnia ea, quibus alimur, defraudant seu occultant, supprimunt, ut ex raritate cariora fiant: poena erat 20 aureorum, quandoque relegatio, vel ad opera publica damnatio.

TITULUS XIII.

AD LEGEM JULIAM PECULATUS, ET DE SACRILEGIIS, ET DE RESIDUIS.

Peculatus est furtum pecuniae publicae ab eo commissum, cujus fidei commissa non erat: poena primitus fuit interdictio ignis et aquae, postea quadrupli.

Sacrilegii crimen committunt, qui res sacras vel religiosas furantur: poena est extraordinaria, aliquando mortis.

Residui crimen est interceptio pecuniae publicae ab eo facta, cujus fidei commissa erat, adversus quem capitis poena definita est.

TITULUS XIV.

DE LEGE JULIA AMBITUS.

Qui populi vel electorum, data pecunia, suffragium sibi comparat, ut ad honores promoveatur, *ambitus crimen* committit: hujus criminis poena fuit deportatio.

TITULUS XV.

DE LEGE FABIA DE PLAGIARIIS.

Plagium est hominis liberi vel servi suppressio: plerumque ad metallum damnantur hujus criminis rei.

TITULUS XVI.

AD SENATUS CONSULTUM TURPILLIANUM, ET DE ABOLITIONIBUS CRIMINUM.

Calumniator, qui scilicet falso crimine dolo malo aliquem accusabat, lege Rhemmia, in privatis judiciis in decimam partem litis mulctabatur, in publicis vero K littera in fronte inurebatur, id est *Kalumniator*: postea placuit, ut in privatis judiciis extraordinarie puniretur, in publicis autem poena talionis. *Abolitio* est beneficium, quo Princeps aliquem e numero reorum eximit: aliquando Ro-

Digitized by Google

mae generalis abolitio omnibus reis indulgebatur, ob publicam gratulationem, vel ob rem prospere gestam.

TITULUS XVII.

DE REQUIRENDIS VEL ABSENTIBUS DAMNANDIS.

TITULUS XVIII.

DE QUAESTIONIBUS.

TITULUS XIX.

DE POENIS.

TITULUS XX.

DE BONIS DAMNATORUM.

Vide tractatum d. Wynants *de judiciis publicis, tit. VIII. XVIII. XXII. XXVI.* Nota tamen quaestiones, seu torturas edicto Mariae Theresiae abrogatas esse, nec posse amplius reos his devinciri, nisi in majoribus criminibus, et in illis in quibus reus criminis consortes designare renuisat, quo casu antequam torturae devinciatur reus, requiritur decretum regium.

TITULUS XXI.

DE BONIS EORUM, QUI ANTE SENTENTIAM, VEL MORTEM SIBI CONSCIVERUNT, VEL ACCUSATOREM CORRUPERUNT.

Bona eorum, sicuti et damnatorum, qui mortem sibi ante sententiam consciverant, publicabantur. Hodie post edictum imperatoris nostri, nulla in hoc casu fit bonorum publicatio.

TITULUS XXII.

DE INTERDICTIS, ET RELEGATIS, ET DEPORTATIS.

Interdictio est, vel alicujus loci, vel omnium praeter unum, habitandi facta prohibitio, vel honoris, dignitatis etc. ad tempus privatio.

Relegatio est certi loci assignatio, quo remanere tenetur reus ad tempus, vel in perpetuum.

Deportatio est insulae assignatio cum amissione civitatis.

TITULUS XXIII.

DE SENTENTIAM PASSIS, ET RESTITUTIS.

Sub hoc titulo agitur de interdictis, relegatis et deportatis, qui indulgentia principis *in pristino statu redintegrantur.*

TITULUS XXIV.

DE CADAVERIBUS PUNITORUM.

Cadavera punitorum apud Romanos, sicuti et adhuc apud nos, prope vias publicas exponuntur ad exemplum malefactorum, aliquando tamen indulgentia principis sepulturae traduntur.

LIBER QUADRAGESIMUS NONUS

TITULUS I.

DE APPELLATIONIBUS ET RELATIONIBUS.

TITULUS II.

A QUIBUS APPELLARE NON LICET.

TITULUS III.

QUIS ET A QUO APPELLETUR.

TITULUS IV.

QUANDO APPELLANDUM SIT, ET INTRA QUAE TEMPORA.

TITULUS V.

DE APPELLATIONIBUS RECIPIENDIS VEL NON.

TITULUS VI.

DE LIBELLIS DIMISSORIIS, QUI APOSTOLI DICUNTUR.

TITULUS VII.

NIHIL INNOVARI APPELLATIONE INTERPOSITA.

TITULUS VIII.

QUAE SENTENTIAE SINE APPELLATIONE RESCINDANTUR.

TITULUS IX.

AN PER ALIUM CAUSAE APPELLATIONUM REDDI POSSUNT.

TITULUS X.

SI TUTOR, VEL CURATOR, VEL MAGISTRATUS CESSATUS APPELLAVERIT.

TITULUS XI.

EUM QUI APPELLAVERIT IN PROVINCIA DEFENDI.

TITULUS XII.

APUD EUM, A QUO APPELLATUR, ALIAM CAUSAM AGERE COMPELLENDUM.

Sub *tit. VIII.* hujus libri dicitur, tunc tantum appellandum esse, quando sententia valet, nam si sententia sit nulla, rescinditur sine appellatione:

tunc autem sententia est nulla, si formae judiciales fuerint neglectae, si sententia aliquid impossibile praecipiat, si fuerit lata contra jus constituentis etc.

Sub *tit. IX.* dicitur causas civiles admittere procuratores, non vero criminales.

Sub *tit. X.* habetur, quod si tutor vel curator, vel syndicus civitatis frivole appellent, omne periculum ad eos pertineat.

Caeteros titulos hujus libri disce partim ex *decretalibus*, partim ex stylo curiarum nostratium.

TITULUS XIV.

SI PENDENTE APPELLATIONE MORS INTERVENERIT.

Mortuo appellante sine herede, evanescit appellatio; si vero detur heres, et alicujus intersit litem peragi, tenebitur heres in lite pergere, alias litem deserere potest.

TITULUS XV.

DE JURE FISCI.

Sub hoc titulo agitur de privilegiis fisci, seu potius de beneficiis aerarii publici seu Principis. Praecipua sunt haec: bona vacantia per quadriennium fisco vindicantur, sicut ea, quae ab indignis eripiuntur; item bona damnatorum, deficientibus parentibus et liberis usque ad tertium gradum; praeterea fiscus habet pignus in bonis debitoris; non semper potest ei opponi compensatio; ex omni contractu usurae ei debentur; debitores debitorum suorum convenire potest fiscus etc.

TITULUS XVI.

DE CAPTIVIS, ET DE POSTLIMINIO, ET REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

Jura eorum partim ex *Recit. Heinecc.*, partim ex *tit. ff. ex quib. caus. maj. etc.* repete.

TITULUS XVII.

DE RE MILITARI.

TITULUS XVIII.

DE CASTRENSI PECULIO.

TITULUS XIX.

DE VETERANIS.

Sub tribus his titulis agitur de privilegiis, legibus, et delictis ad statum militarem spectantibus, quae omnia utilius videris in *codice militari* Mariae Theresiae.

LIBER QUINQUAGESIMUS

—

TITULUS I.

AD MUNICIPALEM, ET DE INCOLIS.

Municipia erant civitates a populo Romano in societatem, munera et honores receptae, sed suis, non Romanorum legibus et moribus utentes.

TITULUS II.

DE DECURIONIBUS ET FILIIS EORUM.

Cum municipia diverso jure, quam Roma uterentur, necessum erat negotia publica aliter quoque regi, et ita sicuti consilium publicum Romae penes senatum esset, ita in municipiis erat ordo decurionum: verum cum pauci darentur, qui munia municipalia obire vellent, vel quia lucrosa non essent, vel quia onera majora conjuncta haberent, ad curiam admittebantur spurii, ex incestu nati, filii reorum criminum, litterarum imperiti, infames etc., variaque privilegia ipsis concessa fuerunt, ut, spurii legitimarentur, lapsis facultatibus alimenta decernerentur, quae privilegia liberis quoque eorum trasmittebantur etc.

TITULUS III.

DE ALBO SCRIBENDO.

Album hic erat tabula dealbata, seu matricula, in qua nomina decurionum referebantur.

TITULUS IV.

DE MUNERIBUS ET HONORIBUS.

Honor est administratio rei publicae cum dignitate conjuncta: *munus* vero dicitur, quod in administanda republica cum sumptu et sine dignitate obire tenetur is, cui hoc injunxit princeps vel magistratus.

TITULUS V.

DE VACATIONE ET EXCUSATIONE MUNERUM.

Munera etiam inviti obire tenentur, sed ab his excusare se possunt, qui justam excusandi causam habent: causae excusationum fere eaedem sunt, ac causae excusationum tutorum.

Digitized by Google

TITULUS VI.

DE JURE IMMUNITATIS.

Immunitas est privilegium a principe concessum, quo quis munera publica obire non tenetur.

TITULUS VII.

DE LEGATIONIBUS.

Inter munera publica erat *legatio*. *Legatus* ille est, qui ad negotia municipii exponenda ad principem mittitur.

TITULUS VIII.

DE ADMINISTRATIONE RERUM AD CIVITATEM PERTINENTIUM.

Curator civitatis est, qui res, pecuniasque municipiis administrat.

TITULUS IX.

DE DECRETIS AB ORDINE FACIENDIS.

Sicuti senatus Romae, ita et ordo decurionum in municipiis decreta ferebat.

TITULUS X.

DE OPERIBUS PUBLICIS.

In municipiis cura operum publicorum curatori operum demandata erat: per *opera* hic intellige, quae ad decus civitatis pertinebant, haec sine auctoritate principis moliri non poterant: soliusque principis nomen iis inscribi, nisi privati sumptibus extruerentur, quo casu nomina eorum inscribi poterant.

TITULUS XI.

DE NUNDINIS.

Nundinae sunt conventus ex diversis urbibus mercatorum in certum locum commercii exercendi causa per certos dies: qui ad nundinas veniunt conveniri non possunt ratione debiti privati antea contracti, quod et moribus nostris servatur.

TITULUS XII.

DE POLLICITATIONIBUS.

Pollicitatio est solius offerentis promissum sine acceptatione: unde differt a pacto, quod hoc requirat acceptationem; non obligat igitur pollicitatio: exceptio tamen est, si nempe civitati facta sit.

TITULUS XIII.

DE EXTRAORDINARIIS COGNITIONIBUS, ET SI JUDEX LITEM SUAM FECISSE DICERETUR.

Ordinaria judicia erant, in quibus magistratus judices pedaneos dabant: *extraordinaria* in quibus ipsimet magistratus de causa cognoscebant: verum postea constitutum fuitot, semper per se ipsos magistratus judicarent, unde omnia judicio facta sunt extraordinaria.

Judex litem suam fecisse dicebatur, quando, vel ex imperitia, vel dolo malo male judicabat. Si ex imperitia, dabatur adversus ipsum actio in factum ad id, quod laesi interesset: si dolo, in veram litis aestimationem tenebatur, et fiebat infamis.

TITULUS XIV.

DE PROXENETICIS.

Proxeneta dicitur, qui officium mediatoris et conciliatoris inter duos suscipit, vel emptionis causa, vel societatis, vel nuptiarum: *proxeneticum* est merces, quae ipsi debetur.

TITULUS XV.

DE CENSIBUS.

Census hic sunt tributa civitati persolvenda pro modo facultatum cujusque; qui iis exigendis praeerant *censores*, *censitores*, vel *aequatores* nominabantur.

TITULUS XVI.

DE VERBORUM SIGNIFICATIONE.

TITULUS XVII.

DE REGULIS JURIS.

Sub his titulis traduntur axiomata ad jus universum pertinentia, de quibus scite scripsit *d'Antoine*.

FINIS.

Digitized by Google

INDEX

OMNIUM TITULORUM AC PARAGRAPHORUM

PARS PRIMA

LIBER PRIMUS

LIBER SECUNDUS

*

LIBER TERTIUS

LIBER QUARTUS

(*) Nel corpo dell' opera è stato segnato il § VI. come VII, e questo errore tipografico è corso innanzi al § XIII, il quale si trova ripetuto.

PARS SECUNDA

—

LIBER QUINTUS

Digitized by Google

LIBER SEXTUS

(*) Questo § nel corpo dell'opera trovasi per errore segnato come VIII.

LIBER SEPTIMUS

LIBER OCTAVUS

(*) Nel corpo dell'opera questo titolo va per errore segnato col num. XI.

LIBER NONUS

(*) La materia di questo § si trova in continuazione del § II, non essendo stato per inavvertenza segnato il § III, e comincia al verso 38 della prima colonna.

LIBER DECIMUS

LIBER UNDECIMUS

(*) Trovasi questo § indicato col numero X nel corpo dell'opera.

PARS TERTIA

LIBER DUODECIMUS

LIBER TERTIUS DECIMUS

LIBER QUARTUS DECIMUS

(*) Il presente titolo corrisponde al tit. VI del libro XIV del Digesto, quello poi, ch'è il V de' Digesti, vien esposto congiuntamente col tit. 17 del libro seguente a pag. 276.

LIBER QUINTUS DECIMUS

LIBER SEXTUS DECIMUS

Digitized by Google

LIBER SEPTIMUS DECIMUS

LIBER OCTAVUS DECIMUS

(*) Questo § si trova per errore segnato nel corpo dell'opèra col numero VII.

(**) Del para questo § è segnato col numero VIII, che trovasi ripetuto.

Digitized by Google

LIBER NONUS DECIMUS

PARS QUARTA

—

LIBER VIGESIMUS

LIBER VIGESIMUS PRIMUS

(*) Il presente § è indicato nel corpo dell'opera col n. XVII, che trovasi ripetuto.

Digitized by Google

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS

LIBER VIGESIMUS TERTIUS

Digitized by Google

LIBER VIGESIMUS QUARTUS

LIBER VIGESIMUS QUINTUS

LIBER VIGESIMUS SEXTUS

PARS QUINTA

Digitized by Google

Digitized by Google

LIBER VIGESIMUS NONUS

LIBER TRIGESIMUS
LIBER TRIGESIMUS PRIMUS
LIBER TRIGESIMUS SECUNDUS

(*) Nel corpo dell'opera la materia di questo § forma continuazione di quella del precedente, facendone il secondo periodo.

(**) In conseguenza del già detto nella precedente nota, la materia di questo § sta esposta sotto il § segnato col num. XIII nel corpo dell'opera: cotesto errore continua insino al § indicato nell'opera stessa col num. XIX, che comprende la materia del § XX del presente indice.

(*) Questo §, che in conseguenza dei precedenti errori corrisponde a quello segnato col n. XX nell'opera, va congiuntamente trattato col § XXII.

(**) Vedi nel corpo dell'opera § XXI.

(***) Questo § corrisponde al primo dei due marcati col num. XXII nel corpo dell'opera, corrispondendo al secondo il seguente § XXV.

(****) Vedi il § segnato XXIII nel corpo dell'opera: pel seguente § XXVII si vede quello segnato XXIV: e così pei restanti §§ del presente titolo.

Digitized by Google

LIBER TRIGESIMUS TERTIUS

LIBER TRIGESIMUS QUARTUS

LIBER TRIGESIMUS QUINTUS

(*) Questo § è marcato nel corpo dell'opera col num. XXIV: vuolsi avvertir lo stesso errore per gli altri susseguenti §§ del titolo V.

Digitized by Google

LIBER TRIGESIMUS SEXTUS

PARS SEXTA

—

LIBER TRIGESIMUS SEPTIMUS

Digitized by Google

LIBER TRIGESIMUS OCTAVUS

LIBER TRIGESIMUS NONUS

(*) Questo § si trova segnato col num. X nel corpo dell' opera.

LIBER QUADRAGESIMUS

LIBER QUADRAGESIMUS PRIMUS

(*) Nel *Sommario*, posto nel corpo dell'opera, la materia di questi due §§ trovasi indicata sotto il § VI, ma vien trattata nel VI e nel VII. Quindi avviene, che la numerazione dei §§ giunga fino al X.

LIBER QUADRAGESIMUS SECUNDUS

LIBER QUADRAGESIMUS TERTIUS

LIBER QUADRAGESIMUS QUARTUS

PARS SEPTIMA

—

LIBER QUADRAGESIMUS QUINTUS

Digitized by Google

LIBER QUADRAGESIMUS SEXTUS

Digitized by Google

LIBER QUADRAGESIMUS SEPTIMUS

LIBER QUADRAGESIMUS OCTAVUS

LIBER QUADRAGESIMUS NONUS

(*) Questo titolo si trova indicato nel corpo dell'opera col n. XIV, e perciò continua l'errore sino all'ultimo titolo di questo libro.

Digitized by Google

FINIS.

57C377

Digitized by Google